Nachlaßkonkurs und Nachlaßverwaltung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Albert Kemler

aus Borghorst i. Westf.

Approbiert: 15. Januar 1930.

1931

Gedruckt bei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

54 01

81e333

Nachlaßkonkurs und Nachlaßverwaltung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Albert Kemler
aus Borghorst i. Westf.

Approbiert: 15. Januar 1930.

1931

Gedruckt bei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

54 01

Referent: Professor Dr. Locher.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner lieben Mutter
in Dankbarkeit gewidmet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543503_0139

Jnhalts-Verzeichnis.

§ 1: Grundgedanken über die Erbenhaftung nach dem BGB.

§ 2: Die beiden Rechtsinstitute: Nachlaßkonkurs und Nachlaßverwaltung.

A) Der Nachlaßkonkurs.

I. Seine Notwendigkeit (Zweck und Möglichkeit des Nachlaßkonkurses).

II. Seine Anordnung (Voraussetzungen und Verfahren.

III. Sein Ziel.

B) Die Nachlaßverwaltung.

I. Ihr Zweck.

II. Ihre Anordnung.

III. Ihre rechtliche Natur.

§ 3: Die Wirkungen der Anordnung der beiden Rechtsbehelfe.

A) Die Gütersonderung.

I. Die rechtliche.

a) Wiederaufleben der durch Rechtsvereinigung erloschenen Rechtsverhältnisse.

b) Unwirksamkeit von Aufrechnungen.

c) Ungültigkeit von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen.

d) Verantwortlichkeit des Erben und seine Aufwendungsersatzansprüche wegen bisheriger Verwaltung des Nachlasses.

II. Die tatsächliche Sonderung.

B) Die Beschlagnahme des Nachlasses.

I. Zeitpunkt und Umfang der Beschlagnahme.

II. Verlust des Verwaltungs- und Verfügungsrechts des Erben.

a) Die materiellrechtliche Bedeutung des Verlustes.

b) Die prozessuale Bedeutung.

III. Sonderfall (Anfechtung).
IV. Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Verwalters.

§ 4: Unterschiede in den Haftungsbeschränkungswirkungen.
A) Die Haftung des Erben ist unbeschränkt.
B) Die Haftung des Erben ist beschränkt.
I. Das Verfahren ist angeordnet und dauert an.
II. Das Verfahren ist beendigt.
a) Nachlaßkonkurs.
b) Nachlaßverwaltung.

Literatur-Verzeichnis.

I. Kommentare:

Frommhold:	Kommentar zum BGB, 5. Bd. Das Erbrecht 1900.
Jäger:	Kommentar zur Konkursordnung, 5. Aufl. 1913.
Leonhardt:	Kommentar zum BGB, 5. Bd. Erbrecht. 2. Aufl. 1912.
Plank:	Kommentar zum BGB, 5. Bd. Erbrecht, 3. Aufl. v. Ritgen, 4. Aufl. von Strohal bearb. 1902 u. 1908.
Seuffert:	Kommentar zur ZPO 11. Aufl. 1911.
Staudinger:	Kommentar zum BGB, 5. Bd. Erbrecht v. Herzfelder, 7. u. 8. Aufl. 1914, Nachtrag dazu 1922, 9. Aufl. 1925.
Stein:	Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich, I. Band, 12. u. 13. Auflage, 1929, II. Band, 10. Aufl. 1913, Fortsetzung des v. L. Gaupp begründeten Kommentars, Tübingen.
Sydow-Busch:	Die Zivilprozeßordnung, 17. Aufl. 1922.
Wolff:	Konkursordnung 1900.
RGRK:	Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, V. Band, Berlin u. Leipzig 1928.

Sonstige Werke:

Becker:	in Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. 66.
Binder:	Erbrecht, 5. Band der Enzyklopädie für Rechts- und Staatswissenschaften v. Kohlrausch 1923.
Binder:	Die Rechtsstellung des Erben nach BGB, 1903/05.
Böhm:	Das Erbrecht des deutschen Reiches, Bd. 2, 1900.
Böhm:	in Gruchots Beiträgen, Bd. 42.
Borcherdt:	Erbrecht und Nachlaßbehandlung.
Brendel:	Haftung des Erben bei Dürftigkeit des Nachlasses, Diss. Erlangen 1920.
Cosack:	Lehrbuch des BGB, 2. Bd. 5. Aufl.

Crome:	System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Berlin 1900.
Dernburg:	Deutsches Erbrecht, 5. Bd. des BGB des deutschen Reiches und Preußens, 1905.
Endemann:	Lehrbuch des BGB, 2. Bd. Erbrecht, 8. u. 9. Auflage, 1920.
Fischer-Henle:	Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl., 1921, München.
Gantenfort:	Die rechtliche Stellung des Nachlaßverwalters, Diss. Heidelberg, 1920.
Goldmann:	in Gruchots Beiträgen, Bd. 43.
Goldschmidt:	Die Nachlaßpflegschaft des BGB. Eine Pflegschaft über ein Sondervermögen und zugleich der Versuch einer Grundlage für eine Lehre von den Quasipersonen. Berlin 1905.
Heinsheimer:	Zweiparteienprinzip im Prozeß und Vollstrekkung, Festschrift f. Ad. Bach, 3. Bd. 1913.
Hachenburg:	Das BGB für das deutsche Reich. Vorträge, 2. Aufl. Mannheim 1900.
Hagen:	in Iherings Jahrbüchern, Bd. 42.
Hupka:	Vollmacht, Leipzig 1910.
Kohler:	Leitfaden des deutschen Konkursrechts, Stuttgart 1903.
Kretschmar:	Das Erbrecht des deutschen BGB, 2. Aufl. 1913.
Kretschmar:	in Leipziger Zeitschr. 1909.
Liebe:	Stellung und Befugnisse des Nachlaßverwalters, Sächs. Archiv, Bd. XI.
Lippmann:	in Iherings Jahrbüchern, Bd. 41.
Matthias:	Lehrbuch des BGB, Berlin, 2. Bd., 5. Aufl. 1910.
Oetker:	in Zeitschrift f. Handelsrecht, Bd. 66.
Petersen-Kleinfeller:	Lehrbuch der ZPO, 1910, jetzt Kleinfeller. Berlin 1925. Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich.
Reichel:	Aktiv- und Passivprozesse des vorläufigen Erben, i. d. Festschr. f. Johow, 1907.
Riesenfeld:	Die Erbenhaftung nach BGB, 1916.
Rosenthal:	Sachlegitimation, München 1903.
Scheye:	Die Nachlaßverwaltung unter bes. Berücksichtigung des Nachlaßkonkurses, Diss. Erlangen 1901.
Scheufler:	Die rechtliche Stellung des Nachlaßverwalters, Diss. Leipzig 1907.

Schott: Armenrecht in Fischers Abh. zum Privat- und Ziv.Recht, Band 4, Heft 5.
Siméon: Recht und Rechtsgang, 5. Aufl. 1912.
Strohal: Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des BGB, 3. Aufl. 1909.
Weißler: Das deutsche Nachlaßverfahren, 1900.
Wilke-Neumann: Das BGB, Bd. V, 1900, Berlin.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, Jahrgang 1905 (S. 455).
Motive zum Entwurfe eines BGB, Bd. V 1888.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines BGB 1899.

§ 1.

Grundgedanken über die Erbenhaftung nach dem BGB.

Das Bürgerliche Gesetzbuch versteht unter Erbfolge lediglich Vermögensnachfolge und zwar geht mit dem Tode einer Person deren Vermögen als Ganzes auf eine oder mehrere Personen (Erben) über, § 1922 BGB. Damit ist gleich der vornehmste Grundsatz des geltenden Erbrechts gegeben: in das Vermögen findet ein einheitlicher Erbschaftserwerb statt (Universalsukzession), und auf diese Weise knüpft das BGB. an einen Grundgedanken an, der schon im römischen und gleichermaßen im gemeinen und preußischen Recht seinen Niederschlag gefunden hat[1]). Aber nicht nur die Aktiva, sondern auch die Passiva des Nachlasses gehen auf den Erben über. Das besagt sogar eine besondere Vorschrift des BGB (§ 1967). Ob es notwendig war, eine derartige Bestimmung in das Gesetz aufzunehmen, ist hier nicht weiter zu untersuchen. Auf jeden Fall herrscht Streit darüber, ob die Haftung für die Schulden des Nachlasses ein Ausfluß der Gesamtnachfolge (1922 BGB) ist oder eben lediglich auf jenem oben erwähnten Rechtssatz (§ 1967 BGB) beruht. Wenn man, wie hier, einen einheitlichen Erbschaftserwerb in das Vermögen als Ganzes annimmt, (Grundsatz der Universalsukzession), so läßt sich daraus ohne Zwang auch ein Uebergang der Schulden[2]) folgern. Die gegenteilige Ansicht[3]) ist abzulehnen. Sie verkennt, daß das Gesetz vom Vermögen als Ganzem spricht (§ 1922 BGB). In dieser Fassung ist der Begriff Vermögen, ganz abgesehen von seiner sonstigen Umstrittenheit, dahin zu definieren, daß darunter sowohl die Aktiva wie die Passiva des Nachlasses zusammengenommen zu verstehen sind. Damit will das Gesetz offenbar den Begriff der Gesamtnachfolge sanktionieren. Der Erbe haftet also für die vom Erblasser begründeten, von ihm nicht mehr erfüllten Verbindlichkeiten. Endemann[4]) nennt diesen Vorgang mit Recht die Pathologie des Erbgangs. In der Regel wird nämlich ein solventer Nachlaß vorhanden und damit eine Haftung des Erben mit seinem eigenen Vermögen gegenstandslos sein.

---

[1]) Enneccerus, S. 322 und Leonhard 3.

[2]) Zustimmend: Strohal Nr. 14; Endemann § 4; Cosack 1 § 49; Crome 1 § 31; Leonhard Allg. Teil § 47; Plank 10; Mayr 3; Kretschmar, Erbrecht § 4; RG 61, 78 und Recht 03, S. 432.

[3]) Binder 7; Enneccerus § 124; Kipp 1 § 4; Hellwig, Rechtskraft S. 313; Dernburg 1 § 103.

[4]) Hachenburg S. 66; Hagen S. 46.

Wie aber haftet nun der Erbe; nur mit den Nachlaßgegenständen, also beschränkt, oder auch mit seinem eigenen Vermögen, also unbeschränkt? Das Gesetz gibt auf diese Frage keine unzweideutige, klare Antwort. Es gibt dem Erben nur Mittel an die Hand, durch deren Benutzung er seine Haftung beschränken kann und verpflichtet ihn andererseits, zur Vermeidung der unbeschränkten Haftung gewisse Vorkehrungen zu treffen.

Bei der Frage, ob unbeschränkte oder beschränkte Haftung gilt, wird der Gegensatz zwischen römischer und deutscher Rechtsanschauung erkennbar. Während nämlich nach römischem Recht in strenger Konsequenz des Prinzips der Universalsukzession das Vermögen des Erblassers mit dem des Erben zu einer Haftungsmasse verschmolzen wird, kannte das deutsche Recht einen derartigen Vorgang nicht[5]). Das eigene Vermögen des Erben blieb grundsätzlich frei von jeder Bindung. Hieraus erklärt sich leicht, daß die Anhänger und Verehrer des römischen Rechts die unbeschränkte Haftung auf den Schild erhoben, während ihre Gegner, die deutschrechtlichen Theoretiker, das Prinzip der beschränkten Haftung für allein richtig propagierten[6]). Für die unbeschränkte Haftung spreche vor allen Dingen, so argumentieren die einen, einmal, daß der Erbe über den Nachlaß gleich nach dem Erbanfall frei verfügen könne, des weiteren bestehe die Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung zugunsten der Nachlaßgläubiger in das Vermögen des Erben und der Erbengläubiger in den Nachlaß (§ 780 ZPO), und schließlich könne der Erbe die Beschränkung seiner Haftung nicht unmittelbar herbeiführen, sondern müsse diese erst in der Zwangsvollstreckungsinstanz geltend machen, §§ 780/781 ZPO[7]). Die Vertreter der gegenteiligen Ansicht operieren mit den §§ 1994, 2005, 2003 BGB. Sie erklären, die genannten Paragraphen seien nur die Ausnahme von der Regel und die unbeschränkte Haftung trete nur in den festumrissenen Fällen (vergl. obige Paragraphen) ein. Auch der § 2000 BGB muß zur Begründung herhalten[8]). In ihm befindet sich ein Satz, der von Abwendung der unbeschränkten Haftung handelt. Das, was abgewendet werden müsse, sei eine der Regel drohende Gefahr. Die Regel sei eben die beschränkte Haftung[9]). Binder[10]), der allerdings seine Ansicht in der Enzyklopädie für Rechts- und Staatswissenschaft 1923 S. 43 geändert hat, führt noch andere Gründe ins Treffen. Er behauptet, das allgemeine Prinzip der Erbenhaftung sei nicht im BGB zu finden, sondern in der ZPO (§§ 780/781 ZPO), die eine

---

[5]) Sachsenspiegel I, 6 § 2.
[6]) Matthias S. 559.
[7]) Matthias S. 560.
[8]) vergl. Schröder S. 6.
[9]) Hachenburg S. 663.
[10]) Binder II S. 96 ff.

Ergänzung der Vorschriften des BGB bildeten. Darnach könne nur eine beschränkte Haftung des Erben in Frage kommen, da die Vorschriften der ZPO eine solche voraussetzten[11]). Besonders einleuchtend sei ferner, daß die Miterben zweifellos von vornherein nur mit dem Nachlasse hafteten. Was aber für die Miterben gültig sei, könne für den Alleinerben nicht anders sein[12]).

Alle diese Gründe vermögen aber nur wenig zu überzeugen. Warum nach Binder in seiner: „Rechtsstellung des Erben" das Haftungsprinzip in der ZPO stehen soll, ist nicht verständlich, da doch diesen Vorschriften nur aushelfende, ergänzende Bedeutung zukommen soll. Es ist eben nicht richtig, wenn man behauptet, das BGB gebe über die Frage keinen Aufschluß. Zwar, eine ausführliche Regelung, besteht nicht. Wohl aber läßt sich auf dem Prinzip der Universalsukzession, das im § 1922 BGB seinen Ausdruck gefunden hat, fußen.

Auf dieser Basis kann man der Lösung der Frage näher kommen. Erklärlich wird alsdann die zunächst fast ganz selbständige und freie Rechtsstellung des Erben gegenüber dem Nachlaß, die jedoch nunmehr durchaus gerechtfertigt und unbedenklich erscheint. Von diesem Gesichtspunkt aus gesehen, kommt man nicht daran vorbei, die Haftung des Erben zunächst als unbeschränkte anzuerkennen. Daß eine solche unbeschränkte Haftung für den Erben sehr gefährlich sein kann, ist leicht verständlich. Die Billigkeit verlangt daher eine Milderung des starren Prinzips. Das Gesetz hat eine solche gegeben. Es gibt dem Erben freie Hand, in dem es ihm eine Reihe von Möglichkeiten offen läßt, seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken. Er muß sich dieser Mittel nur bedienen. Er kann von ihnen beliebigen Gebrauch machen. Erst bei ihrer Versäumung wird seine Haftung unbeschränkt[13]).

Darnach wäre die Art der Haftung dahin zu formulieren, daß sie grundsätzlich unbeschränkt, aber beschränkbar ist. Praktisch wird sich das in der Richtung auswirken, daß häufig eben durch Benutzung der Beschränkungsmittel eine beschränkte Haftung sich vorfinden wird. Das darf aber nicht dazu verleiten, die beschränkte Haftung als Prinzip hinzustellen. Die grundsätzlich unbeschränkte, aber beschränkbare Haftung fügt sich organisch und zwanglos in das ganze System des BGB ein. Fußend auf dem Prinzip der Universalsukzession kann man getrost den Grundsatz der unbeschränkten Haftung aufstellen, für deren Abschwächung das BGB. eine Reihe von Vorschriften gegeben hat, die sie zu einer beschränkbaren machen. In der Hauptsache hat daher die ganze Frage, abgesehen

---

[11]) Binder II S. 55 ff.

[12]) Goldmann in Gruchots Beiträgen Bd. 43 S. 428 ff. Eccius ebenda S. 603 ff.

[13]) Endemann S. 394; Neumann 2, S. 430.

von dem Fall des § 780 ZPO, nur theoretische Bedeutung. Nimmt man nämlich grundsätzlich eine beschränkte Haftung des Erben an, so erübrigt es sich, im Urteil sich die Beschränkung der Haftung vorbehalten zu lassen. Erst bei der Feststellung, ob die Bestimmungen des BGB mehr deutschrechtlicher oder römischrechtlicher Natur sind, gewinnt sie eine gewisse Bedeutung[14]). Den Schöpfern des BGB ist es sicherlich darum zu tun gewesen, dem fortgeschrittenen Rechtsbewußtsein gerecht zu werden. Sie haben daher in der Frage der Erbenhaftung diejenige Regelung zu geben versucht, die am ehesten eine befriedigende Lösung bei Kollision der Interessen des Erben und der Erbengläubiger garantieren würde. Beiden, sowohl dem Erben, wie den Gläubigern gibt das Gesetz eine Reihe von Rechtsbehelfen an die Hand, die ihren Interessen mehr oder weniger dienen. Ob die Regelung als besonders glücklich bezeichnet werden kann, ist hier nicht weiter zu erörtern.

Das Erbenvermögen und der Nachlaß wird entsprechend dem gefundenen Prinzip der unbeschränkten Haftung zu einer einheitlichen Haftungsmasse verschmolzen. Für den Erben besteht aber die Möglichkeit der Gütersonderung und Haftungsbeschränkung. Die regelmäßigen Mittel zu deren Durchführung sind Nachlaßkonkurs und Nachlaßverwaltung. Damit ist nicht gesagt, daß sie die einzigen sind (§§ 1973 ff., §§ 1990 und 1991 Ausantwortung des Nachlasses) Wohl aber wird bei ihnen in einem amtlichen Verfahren ein Ausgleich zwischen den Erben- und den Nachlaßgläubigern zustandegebracht.

[14]) Endemann S. 395, Anm. 18 und Hagen S. 46.

§ 2.

Die beiden Rechtsinstitute. Nachlaßkonkurs und Nachlaßverwaltung.

A) Der Nachlaßkonkurs.

I. Seine Notwendigkeit (Zweck und Möglichkeit des Konkurses).

Ganz abgesehen davon, daß der Nachlaßkonkurs das primäre, zuerst gesetzlich geregelte, Rechtsinstitut ist und daher zunächst durch eine Besprechung zu würdigen wäre, zwingt auch schon seine Natur dazu. Die ganze umständliche Maschinerie aller einschlägigen Gesetzesbestimmungen braucht gar nicht in Bewegung gesetzt zu werden, wenn der Nachlaß solvent ist, und man diese Tatsache auf den ersten Blick feststellen kann. Damit soll natürlich nicht gesagt sein, daß eine Nachlaßverwaltung unter solchen Umständen nicht möglich wäre. Der Erbe nimmt für gewöhnlich den Nachlaß in Besitz und befriedigt aus ihm die Gläubiger in der Reihenfolge, wie sie ihm bekannt werden. Diese Art Fälle wird überhaupt die Regel darstellen, daß der Erbe zunächst den Nachlaß in eigene Verwaltung nimmt. Ein anderes Gesicht gewinnt die Sachlage erst, wenn die Ueberschuldung des Nachlasses zweifelsfrei feststeht. Zwar kann auch dann der Erbe versuchen, mit den Nachlaßgläubigern eine gütliche Einigung zu erzielen. Stößt er jedoch auf Widerstand, so bleibt ihm kein anderer Ausweg, um sein eigenes Vermögen vor den Zugriffen der auf volle Befriedigung drängenden Nachlaßgläubigern zu retten, als den Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu stellen. Dieser ist daher, sofern nur die Ueberschuldung des Nachlasses feststeht, (§ 215 KO), zwar nicht gerade obligatorisch, — der freie Wille des Erben ist nicht gebunden —, aber seine Interessen machen ihn unvermeidlich (§ 1980 BGB). Aber man darf nicht übersehen, daß auch eine Reihe von Fällen denkbar ist, in denen es sich nicht auf den ersten Blick feststellen läßt, ob der Nachlaß zur Befriedigung sämtlicher Gläubiger ausreicht. Es entspricht daher dem Grundsatz der Billigkeit, wenn hier das Gesetz dem Erben Mittel an die Hand gibt, sich über den Bestand des Nachlasses Klarheit zu verschaffen, und gleichzeitig eine Schutzfrist gewährt, innerhalb welcher er diese Feststellung treffen kann. Die beste Möglichkeit, klar zu sehen, hat der Erbe durch Errichtung eines Inventars. Ferner kann er ein Gläubigeraufgebot beantragen und diese so zur Anmeldung ihrer Forderungen veranlassen. Bis dahin kann er sich aller Eingriffe auf den Nachlaß durch die aufschiebenden Einreden

der §§ 782, 783 ZPO, §§ 2014, 2015 BGB erwehren. Stellt sich dann zum Schluß eine Ueberschuldung des Nachlasses heraus, so kann der Erbe den Gläubigern einen unverkürzten Nachlaß zur Verfügung stellen. Ja, das Gesetz geht noch einen Schritt weiter, indem es dem Erben bei Vermeidung einer Inanspruchnahme wegen Schadensersatzes aufgibt, für den Fall der Ueberschuldung den Nachlaßkonkurs zu beantragen. (§ 1980 BGB). Insofern kann man von einer Unabwendbarkeit des Konkurses bei Ueberschuldung des Nachlasses sprechen.

Die Eröffnung des Nachlaßkonkurses bewirkt, daß die vorhandene Nachlaßmasse unverkürzt in ihrem Bestande den Nachlaßgläubigern sichergestellt wird. Dadurch wird eindeutig bewiesen, daß die ganze Auseinandersetzung mit den Nachlaßgläubigern vornehmlich konkursrechtlichen Charakter trägt. Für die Eröffnung des Nachlaßkonkurses hat es keine Bedeutung, ob der Erbe die Erbschaft auch tatsächlich angenommen hat oder ob er das Recht zur Beschränkung seiner Haftung verloren hat. In beiden Fällen steht nichts entgegen, den Antrag auf Eröffnung des Verfahrens zu stellen. Diese Regelung kommt den Interessen der Nachlaßgläubiger entgegen, da diese auch für den Fall, daß der Erbe das Recht zur Haftungsbeschränkung verwirkt hat, gegen eine Benachteiligung geschützt sein sollen. Ebenso bleibt auch eine bereits erfolgte Teilung unter Miterben für das Antragsrecht ohne Erheblichkeit, ganz gleich, ob es vom Erben, oder sonst einem Berechtigten ausgeübt wird. Ueber den eigentlichen Konkurszweck hinaus dient der Nachlaßkonkurs auch der Haftungsbeschränkung des Erben. Er führt eine Trennung zwischen eigenem Vermögen und Nachlaß herbei und ermöglicht es so dem Erben, sein eigenes Vermögen vor den Zugriffen der Nachlaßgläubiger zu schützen.

II. Seine Anordnung (Voraussetzung und Verfahren).

Als unerläßliche Voraussetzung für die Eröffnung des Nachlaßkonkurses bezeichnet das Gesetz die Ueberschuldung des Nachlasses (215 KO). Wann im einzelnen eine solche vorliegt, hängt ganz von den Umständen des konkreten Falles ab. Nur soviel soll gesagt werden, daß augenblickliche Zahlungsunfähigkeit für den Begriff der Ueberschuldung nicht erforderlich ist. Sie allein reicht aber auch keineswegs aus. Zahlungsunfähigkeit mit Ueberschuldung gleichzusetzen, geht nicht an. Die Verhältnisse des Nachlasses können so verwickelt liegen, seine Aktivbestandteile derart in gewissen Unternehmungen festgelegt sein, daß im Augenblick bares Geld fehlt, sonstige Aktivwerte aber genügend zur Verfügung stehen. Eine Ueberschuldung muß vielmehr bei einem objektiven Vergleich der Aktiv- und Passivposten des Nachlasses so klar hervortreten, daß ein deutlich erkennbares Uebergewicht des Debetkontos sich herausstellt. Erst dann ist die im § 215 KO geforderte Voraussetzung der

Ueberschuldung gegeben. Auch Zahlungseinstellung ist für den Begriff der Ueberschuldung nicht ausreichend. Jedoch behält die erfolgte Zahlungseinstellung ihre Bedeutung für Anfechtung und Strafbarkeit[15]). Weiterhin verlangt das Gesetz ein Tätigwerden des Erben oder einer anderen interessierten Person. Von irgendeiner Seite aus muß nämlich ein Antrag auf Eröffnung des Verfahrens bei dem Nachlaßgericht gestellt werden. Das kann vom Erben geschehen, ebensowohl aber auch vom Nachlaßverwalter, Testamentsvollstrecker, Nachlaßpfleger, §§ 1960, 1961 BGB, § 217 KO. Auch die durch ein voraufgegangenes Aufgebot nicht ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger haben ein Antragsrecht, aber nur innerhalb zweier Jahre nach dem Erbfall, § 220 KO. Der Erbe kann auch den Nachlaßkonkurs beantragen, wenn ihm die Verfügung über den Nachlaß genommen ist (§ 217 Abs. 3 KO). Eine Ausnahme von diesem Antragsrecht enthält § 219 KO. für den Vermächtnisnehmer und die im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger, sowie für denjenigen, der berechtigt ist, die Vollziehung einer Auflage zu fordern (§ 2199 BGB). Für diese besteht es nur dann, wenn auch das eigene Vermögen des Erben unter Konkurs gestellt ist, eine Regelung, die verwandte Züge aufweist mit der in den §§ 1973, 1974[16]). Ist eine Ehefrau Erbin und gehört der Nachlaß zum eingebrachten Gut, so kann sie ohne Zustimmung des Gatten den Antrag stellen (§ 218 KO). Ueber einen Erbteil findet ein Konkurs nicht statt (235 KO). Der Antrag muß bei dem Nachlaßgericht gestellt werden. Zuständig ist das Amtsgericht des Wohnsitzes des Erblassers, § 214 KO. Dieses beginnt seine Tätigkeit mit einer Prüfung der Zulässigkeit des Antrages. In der Regel wird für genügend erachtet, wenn die in § 104 KO bezeichneten Schriftstücke eingereicht werden. Es macht einen Unterschied, ob der Antrag von allen Erben zugleich gestellt wird oder nur von einem einzelnen oder vom Testamentsvollstrecker. In letzterem Falle hat der Erbe seine Erbeneigenschaft, der Testamentsvollstrecker seine Berechtigung zur Antragstellung dem Gericht glaubhaft zu machen (§ 217 Abs. 2 KO). Daraufhin beschließt dann das Gericht die Eröffnung des Nachlaßkonkurses. Gegen diesen Beschluß steht denen, die ein berechtigtes Interesse daran nachweisen, das Recht der sofortigen Beschwerde zu. Ausgeschlossen aber von diesem Beschwerderecht sind die Nachlaßgläubiger und der Verwalter (§ 217 KO)[17]). Im Falle des § 218 KO hat das Beschwerderecht jeder Ehegatte; gegen den abweisenden Beschluß kann der Antragsteller die sofortige Beschwerde einreichen. Bis zur rechtskräftigen Entscheidung verlängert sich die Schutzfrist des § 782 ZPO.

---

[15]) RGE. 25, S. 28.
[16]) Plank V, Erbrecht S. 128.
[17]) vergl. Jäger; § 217 KO.

III. Sein Ziel.

Die Vorschriften über den Nachlaßkonkurs sind Sonderrecht im Gegensatz zu den allgemeinen Konkursregeln. Gemeinschuldner ist der Erbe[18]). Die Ansichten darüber gehen allerdings auseinander. Einige wollen sogar den Nachlaß als Gemeinschuldner hinstellen[19]). Diese Ansicht ist aber aus dem einfachen Grunde abzulehnen, weil das BGB eine Rechtspersönlichkeit des Nachlasses nicht kennt. Gleichfalls spricht die Meinung von Wilke[20]) wenig an, der als Gemeinschuldner den Erblasser angesehen wissen will. Wohin führt z. B. diese Fiktion, wenn eine Anwendung der Strafvorschriften der KO in Frage steht? Es muß schon dabei bewenden, daß der Erbe Gemeinschuldner bleibt. Denn, wenn ihm auch die Verfügungsbefugnis über die beschlagnahmten Nachlaßgegenstände genommen ist, so hat er damit noch nicht jede Beziehung zum Nachlasse verloren, sondern bis zur vollständigen Befriedigung der Nachlaßgläubiger bleibt er „dominus hereditatis", Eigentümer, wie ja auch ein verbleibender Rest nach Beendigung des Verfahrens in sein Eigentum zurückfallen würde. Bei Anwendung der einschlägigen Vorschriften ergeben sich aber manche Verschiedenheiten. Einer Beschränkung der persönlichen Freiheit, wie sie den Gemeinschuldner oft trifft, ist der Erbe wegen der Eigentümlichkeit seiner Haftung nicht unterworfen. Daher können auch eine Reihe von Bestimmungen der Konkursordnung wie z. B. §§ 101, 106, 125, 132 KO auf ihn keine Anwendung finden, mit Ausnahme der Strafregelung in den §§ 239—241 KO, die immer angezogen werden können. Im übrigen aber ist der Erbe Gemeinschuldner und zwar von mehreren Erben jeder einzelne (argumentum e contrario § 230 KO). Der Vorerbe bleibt solange Gemeinschuldner, bis der Fall der Nacherbfolge eintritt; und der Erbschaftskäufer wird an Stelle des Erben Gemeinschuldner (§ 232 KO).

Der einmal eröffnete Konkurs hat als Ziel die Befriedigung der Nachlaßgläubiger im Verhältnis ihrer Forderungen. Im Gegensatz zum gewöhnlichen Konkurs sind im Nachlaßkonkurs alle Gläubiger ohne Unterschied zu befriedigen. Eine vorzugsweise Befriedigung, wie sie beim gewöhnlichen Konkurs üblich ist, findet nicht statt. Diese Regelung kann man nur billigen. Auch Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten und Vermächtnissen sind nach § 1967 BGB Nachlaß-Schulden. Würde nun lediglich nach Maßgabe des § 63 KO die Verteilung des Nachlasses unter den Gläubigern vorgenommen, so wäre es leicht möglich, daß bei einem ziemlich solventen Nachlaß Werte übrig bleiben würden. Dieser verbleibende

---

[18]) Weißler, S. 300; Endemann III § 100; Kretschmar S. 409; Binder II S. 105; Jäger KO S. 456.

[19]) Becker, ZHR Bd. 66, S. 207; Kohler, Leitf. S. 171.

[20]) Wilke § 1975 Anm. 5 u. 6.

Rest wäre alsdann der Willkür des Erben ausgeliefert. Das sollte und mußte vermieden werden[21]). Daher ist die Teilnahme am Konkurs allen Gläubigern grundsätzlich gestattet. Das Gesetz hat aber eine bestimmte Rangordnung festgelegt (§ 226 KO Abs. 2—5). Berücksichtigt werden nur erzwingbare Forderungen, die vor Konkursbeginn entstanden sind. Unpfändbare Gegenstände unterliegen dem Konkurse nicht, z. B. Orden und Ehrenzeichen. Ebenfalls scheiden Rechte aus, die zwar vererblich, aber nicht pfändbar sind. Man kann zwischen voll- und minderberechtigten Forderungen unterscheiden. Innerhalb der einzelnen Klassen gibt es noch gewisse Rangstufen; die vollberechtigten Forderungen sind nach den allgemeinen Regeln und nach der Vorschrift des § 224 KO zu befriedigen (§§ 57—60 KO und § 224 KO). Haben mehrere Forderungen gleichen Rang, so findet eine Verteilung pro rata statt. Die minderberechtigten Forderungen lassen sich in sechs verschiedene Gruppen teilen (§ 226 Ziffer 2—4 KO)[22]), von denen jede vor allen anderen zu befriedigen ist (§ 226, 2—4 KO). Hervorzuheben ist bei der Regelung besonders, daß ausnahmsweise auch Zinsen als Konkursforderungen anerkannt werden, und daß fernerhin unter den nach §§ 1970—1973 BGB ausgeschlossenen Gläubigern noch eine besondere Reihenfolge nach der allgemeinen Regel des § 61 KO üblich ist (§ 226 Abs. 4 KO)[23]). Diese minderberechtigten Forderungen des § 226 KO sind ebenso gut Konkursforderungen, wie die vollberechtigten. Auf sie finden die §§ 62—70 KO Anwendung.

Die Feststellung der Konkursforderungen geschieht im Prüfungstermin und bei Widerspruch seitens des Konkursverwalters oder eines Gläubigers durch Feststellungsklage gegen den Bestreitenden (§§ 141, 146 KO). Widersprüche können nur im Einwendungsverfahren vorgebracht werden (§§ 158, 162 KO)[24]). Auch die minderberechtigten Forderungen nehmen an der Abstimmung der Gesamtgläubigerschaft teil. (§§ 94—97 KO). Dagegen sind sie im Falle eines Zwangsvergleichs von der Abstimmung ausgeschlossen (§ 230 KO Abs. 2). Bezüglich des Antragsrechts ist auf § 219 KO zu verweisen. Die Verjährung wird unterbrochen, §§ 207 und 218 BGB.

B. Die Nachlaßverwaltung.

I. Ihr Zweck.

Unser Ausgangspunkt war die Frage nach der Notwendigkeit des Nachlaßkonkurses. In den zweifelhaften Fällen, in denen der Erbe zunächst versuchen wird, mit Hilfe der aufschiebenden Einreden

---

[21]) Motive V. S. 630;
[22]) Jäger KO S. 518.
[23]) Jäger a. a. O. KO S. 519 § 226 Anm. 26.
[24]) OLG Bd. 18, S. 324.

Zeit zu gewinnen, kann, auch ohne erst abzuwarten, ob eine Ueberschuldung des Nachlasses sich herausstellen wird, eine amtliche Nachlaßverteilung durch den Antrag auf Anordnung einer Nachlaßverwaltung herbeigeführt werden. Steht doch nichts im Wege, jederzeit die Nachlaßverwaltung in einen Nachlaßkonkurs übergehen zu lassen. Ja, selbst dann, wenn einwandfrei feststeht, daß der Nachlaß zur Befriedigung aller Gläubiger ausreichen wird, kann der Erbe den Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung stellen, wenn nämlich die Verhältnisse des Nachlasses derartig kompliziert sind, daß die Liquidierung desselben für den Erben mit untragbaren Schwierigkeiten verbunden wäre. In einem solchen Falle wäre Nachlaßkonkurs vollkommen ungeeignet, da ja von einer Ueberschuldung gar nicht die Rede sein kann. Und wer wollte in einem zweifelhaften Falle gleich Nachlaßkonkurs beantragen? Das Wort Konkurs hat im Volksmunde keinen angenehmen Klang. Das Pietätsgefühl gegen den Erblasser wird nur in den seltensten Fällen, wenn eben keine andere Möglichkeit mehr besteht, den Ausweg des Konkurses zulassen. Das Gesetz hat die Lücke, die in der Zeit vor Einführung des BGB in der Gesetzgebung bestand, durch Einführung des Rechtsinstituts der Nachlaßverwaltung auszufüllen versucht. Man kann wohl sagen mit Erfolg. Denn einerseits kann nunmehr der Erbe seine Haftung durch den Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung immer beschränken, andererseits sind aber auch die Nachlaßgläubiger durch ihr Antragsrecht genügend gesichert, insofern ihnen der Nachlaß von nun an ein für alle mal zur Befriedigung zur Verfügung steht. Das Gesetz sieht davon ab, die Anordnung der Nachlaßverwaltung von einer besonderen Voraussetzung, wie beim Konkurse, abhängig zu machen.

II. Ihre Anordnung.

Es wird lediglich ein Antrag verlangt. Wer den Antrag stellt, richtet sich nach Lage des einzelnen Falles. Berechtigt dazu ist der Erbe ohne jede Einschränkung. Da der Schutz des Erben eine der Hauptaufgaben der Nachlaßverwaltung ist, so ist sie gemäß § 1981 BGB anzuordnen, wenn der Erbe sie beantragt. Dabei braucht er nicht nachzuweisen, daß er das Recht zur Beschränkung seiner Haftung noch nicht verloren hat. Ebensowenig ist der Antrag an eine bestimmte Frist gebunden. Noch Jahre nach dem Erbfall muß dem Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung stattgegeben werden. Die Gläubiger haben gegen die Anordnung der Nachlaßverwaltung kein Beschwerderecht (§ 76 I FG). Erst wenn der Erbe endgültig unbeschränkt haftet, erlischt sein Antragsrecht. Diese endgültig unbeschränkte Haftung kann der Erbe dadurch herbeigeführt haben, daß er auf sein Antragsrecht Verzicht geleistet hat, weiterhin durch Verletzung der Inventarpflicht (§§ 2013 BGB). Ein Inventar innerhalb einer bestimmten Frist zu errichten, kann

der Erbe gehalten sein durch Anordnung des Nachlaßgerichts, wenn ein Gläubiger einen dahingehenden Antrag gestellt hat (§ 1994 BGB). Er muß ein getreues und sorgfältiges Nachlaßverzeichnis anfertigen (§ 2001 BGB). Das Inventar muß vollständig sein, darf aber andererseits auch nicht zuviel enthalten (2005 BGB). Schließlich ist der Erbe auch verpflichtet, dem zur Aufnahme des Inventars zugezogenen Beamten jede mögliche Auskunft zu geben (§ 2003 BGB). Die schuldhafte Verletzung all dieser Pflichten zieht unweigerlich Verlust der Haftungsbeschränkung nach sich. Aber nur, wenn der Erbe allen Nachlaßgläubigern gegenüber das Recht der Haftungsbeschränkung verwirkt hat, kann er Nachlaßverwaltung nicht mehr beantragen. Haftet er dagegen nur einem oder einzelnen Gläubigern unbeschränkt, weil er es verabsäumt hat, sich die Beschränkung seiner Haftung im Urteil vorbehalten zu lassen (§ 780 ZPO) oder bei Eidesverweigerung im Falle des § 2006 I BGB, so tut das seinem Rechte, die Nachlaßverwaltung zu beantragen, keinen Abbruch. Es kann aber nun der Fall eintreten, daß ein schon allen Gläubigern gegenüber unbeschränkt haftender Erbe einen Antrag auf Nachlaßverwaltung stellt und diesem stattgegeben wird. Der Erbe braucht ja dem Gericht nicht nachzuweisen, daß er nicht unbeschränkt haftet. Gleichermaßen braucht auch das Nachlaßgericht trotz des § 12 FG seine Prüfung nicht soweit zu erstrecken, sondern es genügt zweifellos, wenn es feststellt, ob eine von ihm aufgegebene Inventarfrist vom Erben eingehalten wurde oder nicht. Eine Prüfung des Inventars auf Vollständigkeit und Richtigkeit ist immer mit mehr oder weniger großem Zeitverlust verbunden, eine Verzögerung, die die Interessen des Erben unter Umständen empfindlich schädigen kann. Eine solcher Art angeordnete Nachlaßverwaltung kann aus Billigkeitsgründen nicht jeder Wirkung entbehren[25]). Geschützt zu werden verdienen jedenfalls die Nachlaßgläubiger trotz der Bestimmung des § 2013 I BGB. Der Erbe haftet aber nach wie vor unbeschränkt.

Gegen den ablehnenden Beschluß steht den Erben die sofortige Beschwerde zu (§ 20 I FG). Bei einer Mehrheit von Erben muß der Antrag gemeinschaftlich gestellt werden (§ 2062 BGB). Ueber einen einzelnen Erbteil findet keine Nachlaßverwaltung statt (§ 2062 BGB). Beantragt ein Miterbe über seinen Erbteil die Nachlaßverwaltung, so steht den anderen Erben das Recht der Beschwerde zu (§ 20 FG).

Nicht in gleichem Maße ausgedehnt ist das Antragsrecht der Nachlaßgläubiger. Auf Antrag eines Nachlaßgläubigers wird die Nachlaßverwaltung nur dann angeordnet, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus dem

---

[25]) Strohal, 27; Scheye, S. 28/29; Plank V, S. 100; Binder II 193.

Nachlasse durch das Verhalten des Erben oder seine schlechte Vermögenslage gefährdet wird. Daß dieses zutrifft, hat der den Antrag stellende Gläubiger dem Nachlaßgerichte glaubhaft zu machen. Eine Benachteiligungsabsicht auf Seiten des Erben wird nicht gefordert. Auch das Verhalten des Testamentsvollstreckers kann die Gläubiger zum Antrage berechtigen. Weiterhin ist das Recht zur Antragstellung für die Nachlaßgläubiger zeitlich befristet (§ 1981 BGB). Innerhalb zweier Jahre nach dem Erbfall muß es ausgeübt sein. Bei mehreren Erben beginnt die Frist mit der letzten Annahme zu laufen[26]). Ob der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet oder nicht, spielt für das Antragsrecht der Gläubiger keine Rolle, weil im entgegengesetzten Falle eine Interessengefährdung der Gläubiger eintreten könnte (§ 1981 BGB). Verschieden beantwortet wird die Frage, ob ein im Aufgebotsverfahren ausgeschlossener Gläubiger die Anordnung der Nachlaßverwaltung beantragen kann. Ausdrücklich vom Gesetz verneint wird sie nicht. Daher ist im Zweifel anzunehmen, daß diese Möglichkeit besteht. Die Konkursordnung enthält im § 219 darüber eine ausdrückliche Bestimmung für den Nachlaßkonkurs. Man sollte also erwarten, daß das Gesetz, wenn es diese Möglichkeit ausschließen wollte, gleichfalls eine ausdrückliche Regelung für die Nachlaßverwaltung getroffen hätte. Das ist aber nicht der Fall. Der Nachlaßrichter ist unter diesen Umständen nicht berechtigt, zu prüfen, ob der Antragsteller ein ausgeschlossener Gläubiger ist[27]). Streitig ist ferner, ob die Anordnung der Nachlaßverwaltung vor Annahme der Erbschaft zulässig ist oder erst nachher. Die beste Lösung dieser Frage bringen zweifellos Plank und Staudinger[28]). Sie stehen auf dem Standpunkt, daß in dem Antrag des Erben auf Nachlaßverwaltung stets oder doch meistens die Annahme der Erbschaft liege. Damit würde jede weitere Erörterung über diesen Gegenstand überflüssig werden, da ein Zweifel dann nicht mehr bestehen kann. Dagegen polemisiert freilich Binder[29]) und die Praxis hat seinen Ausführungen Recht gegeben[30]). In der Kammergerichtsentscheidung Band 31 Seite 78 wird aber nur festgestellt, daß der bloße Antrag keine Annahme bedeutet. Zur Streitfrage selbst wird keine Stellung genommen. Sie bleibt daher bestehen, und man muß sich auf sie einlassen. Eine ganze Reihe von Rechtsgelehrten erklärt die Anordnung erst nach der Annahme durch den Erben für zulässig[31]). Ihre Gründe sind

[26]) Plank § 2062; Wilke-Neumann, Komm. V § 1981.
[27]) Ebenso Neumann, § 1973; a. M. Plank § 1973.
[28]) Plank Anm 4a zu § 1981; Staudinger Anm. IIa 1 § 1981 BGB.
[29]) Binder II 21 Anm. 8.
[30]) Johow Kg E. Bd. 31 S. 78.
[31]) Binder I S. 176 und 221; Strohal II, 272; Stein, ZPO 10. Auflage Anm. 1 c zu § 241 ZPO.

zum Teil sehr beachtlich und einleuchtend. Sie führen u. a. an, daß der vorläufige Erbe das Recht zur Ausschlagung habe und im Falle der Ausschlagung der Anfall der Erbschaft als nicht erfolgt gelte (§ 1953 BGB). Unter diesen Umständen könne der vorläufige Erbe dem endgültigen vorgreifen. Weiterhin bestehe weder für den Erben noch für die Nachlaßgläubiger (§§ 1960 und 1961 BGB) ein Bedürfnis und schließlich berufen sie sich auf die Analogie des § 991 Abs. 3 ZPO. Die Gegner dieser Ansicht stützen sich auf den Mangel einer ausdrücklich widersprechenden Vorschrift und führen die Analogie des § 216 KO ins Feld. Diese Analogie mit der Bestimmung der Konkursordnung fällt allerdings stärker ins Gewicht, wie die Analogie des § 991 ZPO. Aber der springende Punkt ist die Bedürfnisfrage und von ihr aus gesehen möchte sich Verfasser der Ansicht zuneigen, die die Anordnung erst nach Annahme der Erbschaft durch den Erben für zulässig erklärt.

Die Anordnung der Nachlaßverwaltung ist Sache des Nachlaßgerichts, welches wie bei der Nachlaßpflegschaft an Stelle des Vormundschaftsgerichts tritt (§ 1962 BGB). Zuständig für die Anordnung der Nachlaßverwaltung ist nach § 73 I FG das Amtsgericht des Wohnsitzes, den der Erblasser zur Zeit seines Todes hatte, unter mehreren zuständigen Gerichten dasjenige, das sich zuerst mit der Sache befaßte. (§ 4 FG). Die Anordnung ist nicht deshalb unwirksam, weil sie von einem örtlich unzuständigen Gericht vorgenommen wurde (§ 7 FG). Es muß verwundern, daß das Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit übertragen wurde. Man hätte eher erwarten sollen, daß die streitige Gerichtsbarkeit hätte in Anspruch genommen werden müssen, handelt es sich doch um einen Ausgleich zwischen Vermögensinteressen, die in der Regel vor den ordentlichen Gerichten geschlichtet werden. Wer den Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung stellt, hat seine Berechtigung glaubhaft zu machen. Wird dem Antrag stattgegeben und ergeht die die Nachlaßverwaltung anordnende Verfügung, so steht den Gläubigern, wenn sie vom Erben aus beantragt ist, kein Beschwerderecht zu (§ 75 FG). Wird sie dagegen auf Antrag eines Nachlaßgläubigers angeordnet, so hat der Erbe gegen die stattgebende Verfügung das Recht der sofortigen Beschwerde (§ 76 II FG). Gegen den ablehnenden Beschluß haben sowohl Erbe wie Nachlaßgläubiger das Beschwerderecht (§ 20 FG). Auch in dem Falle, daß die Anordnung der Nachlaßverwaltung wegen Mangel einer die Kosten deckenden Masse (§ 1990 BGB) abgelehnt wird, hat der jeweilige Antragsteller ein Beschwerderecht (§ 20 FG). Daß aber der Nachlaßrichter dem Antrage stattgeben muß, wenn ein entsprechender Kostenvorschuß geleistet wird, steht nirgends, und ist bei Weißler[32]) eine willkürliche Annahme.

---

[32]) Weißler, S. 291.

III. Ihre rechtliche Natur.

Die Frage nach der rechtlichen Natur der Nachlaßverwaltung hat in der Literatur und Rechtsprechung die verschiedenste Beantwortung erfahren. Das Gesetz selbst bezeichnet die Nachlaßverwaltung als eine Nachlaßpflegschaft. Wenn man hier anknüpft, dann ist der Nachlaßverwalter ebenso wie der Nachlaßpfleger gesetzlicher Vertreter des Erben. Das geht aus dem Wortlaut des § 1962 II BGB deutlich hervor, und es herrscht auch soweit Einstimmigkeit[33]) darüber, daß die Nachlaßverwaltung eine cura personae ist, trotz der gegenteiligen Ansicht von Schott[34]). Wenn also die Nachlaßverwaltung nur eine Unterart der Nachlaßpflegschaft wäre, so wäre damit der Nachlaßverwalter auch Vertreter des Erben. Ein sehr großer Teil der Literatur verficht demzufolge auch diese Ansicht[35]). Sehr beachtliche Gründe hierfür führt Staudinger § 1975 A S. 214 an. Er betont die Verwandschaft der Nachlaßverwaltung mit der Nachlaßpflegschaft und den geschichtlichen Zusammenhang und bezeichnet sie trotz ihres ausgesprochenen Konkurszweckes (Befriedigung der Nachlaßgläubiger) als eine cura personae. Aber auch dann, wenn man den Nachlaßverwalter als amtlich bestelltes Organ auffassen wolle, bleibe der Vertreterbegriff bestehen, da dieser nur begrifflich konstruktiv sei, ja sogar die unerläßliche Voraussetzung jeglicher Verwaltungshandlung. Weitere Vertreter dieser Ansicht sind Dernburg[36]), Seuffert[37]), Böhm[38]), Weißler[39]), Binder[40]), Jäger[41]), Neumann[42]). Von ihnen gibt Jäger zwar zu, daß die dem Verwalter vom Gesetz übertragenen Funktionen einen amtlichen Charakter tragen. Er spricht dem Nachlaßverwalter aber jedes Handeln im eigenen Namen ab. Zur Begründung werden einige Paragraphen der KO und der ZPO herangezogen, u. a. § 217 KO und § 780 ZPO, § 17 KO. Schließlich geht jede Begründung darauf hinaus, daß die Nachlaßverwaltung eine Unterart der Nachlaßpflegschaft und deshalb der Nachlaßverwalter gesetzlicher Vertreter des Erben sei. Man darf sich aber durch die vom Gesetz gebrauchte Bezeichnung nicht irre machen lassen. Eine quasi Indentifizierung der beiden Rechtsinstitute kann das Gesetz nicht beabsichtigt ha-

---

[33]) Staudinger § 1975; Plank § 1975 u. a.
[34]) Schott, Armenrecht in Fischers Abhandlungen zum priv. u. ziv. Recht, Bd. IV, Heft 5.
[35]) Binder II S. 105 ff.; Jäger KO Anm. 9 zu § 6; Kipp § 78 III; Riesenfeld II S. 50; Weißler II. Aufl. S. 417.
[36]) Dernburg V S. 365.
[37]) Seuffert, Vorbem. II b zu § 50 ZPO.
[38]) Böhm, Erbrecht S. 354.
[39]) Weißler S. 301 (nur teilweise).
[40]) Binder II S. 105.
[41]) Jäger wie zu 3).
[42]) Neumann, Anm. 1 a zu § 1985.

ben. Dafür bestehen doch zu krasse Unterschiede zwischen beiden. Das Gesetz hat offenbar nur zum Ausdruck bringen wollen, daß eine Reihe von Vorschriften über Nachlaßpflegschaft und damit zugleich auch über Vormundschaft soweit auf die Nachlaßverwaltung Anwendung finden sollen, als es mit dem Zwecke der Nachlaßverwaltung verträglich erscheint, (§ 1915 BGB), und keine besonderen Bestimmungen entgegenstehen. Diese Folgerung findet ihre Bestätigung in den Protokollen Bd. V S. 338 zu den Beratungen der Kommission für die zweite Lesung. Auch die §§ 780 II ZPO und 217 KO haben keinen anderen als oben erwähnten Zweck. Ein durch die Vertretertheorie nicht zu lösender Konflikt ergibt sich, wenn man bedenkt, daß Fälle vorkommen können, in denen der Verwalter gegen den Erben selbst klagen muß (vgl. §§ 1978—1980 BGB). Das wäre bei Annahme der Vertretungstheorie geradezu ein Unding. Der Verwalter würde in solchem Falle den Interessen des Vertretenen, nämlich des Erben direkt entgegenhandeln. Hier streift man die Frage, ob es für eine Stellvertretung wesentlich ist, daß nur die Interessen der vertretenen Personen wahrzunehmen sind[43]). Die herrschende Meinung leugnet[44]), daß Stellvertretung mit Interessenvertretung identisch sei. Damit kommt man wieder auf die Formulierung, daß der Begriff der Stellvertretung ein juristisch formaler und kein materieller, und es deshalb gleichgültig sei, zu welchem Zwecke und in wessen Interesse sie stattfinde[45]). Verfasser erscheint es doch zweifelhaft, ob diese Formulierung in ihrer krassen und unnachgiebigen Gestaltung Beistimmung verdient. Vielmehr scheinen ihm die Bedenken, die Gantenfort[46]) erhebt, durchaus am Platze. Zwar auf den Willen der zu vertretenden Person kommt nichts an, denn es gibt Fälle, von gesetzlicher Vertretung, wo diese Vertretung unabhängig vom Willen des Vertretenden besteht (§ 1630 und 1793 BGB elterliche Gewalt und Vormundschaft)[47]). Aber ob man so vollständig von den Interessen des Vertretenen absehen soll, erscheint doch fraglich. Dafür gibt Gantenfort[48]) eine einleuchtende Begründung. Er nimmt Bezug auf das Innenverhältnis, welches gewöhnlich die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Vertreter und dem Vertretenden kennzeichnet. Soweit der Vertreter im Rahmen der ihm zugedachten Vollmacht handle, sei er Vertreter und ersetze vollständig die Persönlichkeit des Vertretenen. Dabei habe selbstverständlich der Vertreter die ihm vom Gesetz auferlegte Pflicht, das Interesse des Vertretenen wahrzunehmen. Verstoße er hiergegen, ohne indessen die Grenzen seiner Vollmacht zu

[43]) Fischer-Henle § 164 Vorbem.
[44]) Leonhard § 1974; Staudinger § 1975; Jäger KO § 6.
[45]) Hupka, Vollmacht S. 3; Rosenthal: Sachlegitimation S. 67.
[46]) Gantenfort S. 21.
[47]) Binder, S. 380.
[48]) Gantenfort, S. 22/23.

überschreiten, so sei das vorgenommene Rechtsgeschäft zweifellos gültig, zum mindesten dem Dritten gegenüber im Außenverhältnis. Soweit könne man von einem juristisch formalen Begriff sprechen. Im Innenverhältnis dagegen habe der Vertreter pflichtwidrig gehandelt und sei deshalb schadensersatzpflichtig. Anders dagegen gestalte sich die Rechtslage, argumentiert Gantenfort (Seite 23) weiter, wenn der sog. Vertreter den Interessen des Vertretenen bewußt und direkt entgegenhandle, ohne sich aber im Innenverhältnis schadensersatzpflichtig zu machen, da ihm ja im Gegenteil ein solches Verhalten unter Umständen vom Gesetz sogar zur Pflicht gemacht sei. Hier könne man unmöglich mit dem Begriff der Stellvertretung operieren, denn ein solches Handeln würde doch gerade dem eigensten Wesen jeder Stellvertretung widersprechen. Aus diesen Ausführungen erhellt klar, daß der Stellvertretungsbegriff, wie ihn Staudinger[49]) u. a. in der starren, undehnbaren Form aufgestellt haben möchten, nicht aufrecht erhalten werden kann. Eine gewisse Bezugnahme auf die Interessen des Vertretenen läßt sich eben nicht vermeiden. Den klaren Beweis erbringen die §§ 1978—1980 BGB. Nach ihnen muß der Verwalter gegen den Erben, wenn er sich auf Grund der vorbenannten Paragraphen schadensersatzpflichtig gemacht hat, klagen, und er würde sich selbst schadensersatzpflichtig machen, wenn er dieser Pflicht nicht nachkäme[50]). Eine Vertretung des Erben durch den Nachlaßverwalter ist daher nicht möglich. Zudem hat auch die Vertretungstheorie eine große prozessuale Schwierigkeit zu überwinden. Gerade haben wir von einer Klage des Verwalters gemäß § 1978 BGB gegen den Erben gesprochen. Wer kommt nun in einem solchen Prozesse als Partei in Frage? Dann wäre nach der Vertretungstheorie der Erbe zugleich Beklagter und Kläger. Da helfen sich die Anhänger der Vertretungstheorie, indem sie den Erben einmal als Subjekt des Nachlasses, einmal als Subjekt seines übrigen Vermögens erklären. Gegen diese Unterscheidung läßt sich nichts sagen. Denn sie wird durch die scharfe Sonderung der beiden Vermögen gerechtfertigt. Im Prinzip ändert aber diese Unterscheidung nichts daran, daß der Erbe, wenn man den Nachlaßverwalter als seinen gesetzlichen Vertreter hinstellt, beide Parteirollen innehat. Der Erbe prozessiert also mit sich selbst, eine logische Unmöglichkeit, die ohne weiteres einleuchtet[51]). Jeder Prozeß erfordert unbedingt zwei Parteien, die einander gegenüberstehen, und die jede ihre von der anderen verschiedenen Interessen geltend macht. Ausnahmsweise allerdings läßt das materielle Recht eine Personenidentität bei Rechtsverhältnissen auf der Aktiv- und Passivseite zu. Die Feststellung solcher Rechtsverhältnisse aber

---

[49]) Staudinger a. a. O.
[50]) Liebe im Sächsischen Archiv, Bd. XI S. 545.
[51]) Binder II S. 107 ff.

und ihre etwaige Durchsetzung kann prozessual solange nicht erfolgen, als nicht das Recht für die eine Seite eine selbständige Organisation zur Verfügung stellt, die als solche Prozeßpartei sein kann[52]). In konsequenter Anwendung des Zwei-Parteien-Prinzips kommt Gantenfort (Seite 24) zur Leugnung der Vertretereigenschaft des Nachlaßverwalters. Der Nachlaß sei vielmehr selbständig organisiert und dergestalt ermögliche sich eine Prozeßführung zwischen den Erben und dem Nachlaßverwalter.

Aber um noch einmal auf den Verwaltungsbegriff selbst zurückzukommen; es entspricht dem eigensten Wesen jeglicher Stellvertretung und ist auch allgemein anerkannt, daß der Vertreter nur soviel Rechte ausüben kann, als eben dem Vertretenen selbst zustehen. Bei der Verwaltung des Nachlasses ist dagegen dem Nachlaßverwalter ein so großer Spielraum zu Verwaltungshandlungen gewährt worden, daß er sogar Rechtshandlungen vornehmen kann, die dem Erben selbst nicht zustehen würden (§ 3a Anf. Ges., § 7 KO).

Der Vertretungsbegriff stellt auf die Person des Vertretenen, hier des Erben, ab. Aus ihr können diese weitergehenden Rechte des Nachlaßverwalters nicht hergeleitet werden. Dieser Umstand ist es daher auch vor allem gewesen, der die Praxis bewogen hat, die Vertretungstheorie, die sie zunächst vertreten hat, aufzugeben. In der grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 29, S. 29 wird die Stellung des Nachlaßverwalters mit einer Selbständigkeit ausgestattet, die eine Abhängigkeit von dem Erben oder von den Nachlaßgläubigern ausschließt. Es wird ausdrücklich betont, daß der Nachlaßverwalter kraft eigenen Rechts und im eigenen Namen zu allen Rechtshandlungen zu Gunsten und zu Lasten des Nachlasses berechtigt sein soll.

Kurz erwähnt sei noch, daß die Tatsache, daß der Nachlaßverwalter auch den Nachlaßgläubigern für die Verwaltung des Nachlasses verantwortlich ist, gegen die Vertretereigenschaft des Nachlaßverwalters spricht[53]).

Schließlich müssen noch die §§ 241 ZPO und § 17 KO gestreift werden, die zur Begründung der Vertretungstheorie von einigen herangezogen sind. Eine Unterbrechung des Verfahrens will das Gesetz auch bei Anordnung einer Nachlaßverwaltung. Durch diese wird aber die Prozeßfähigkeit des Erben nicht beschränkt. Daher wurde der 2. Absatz notwendig[54]).

Gleichermaßen mißt Jäger[55]) dem Ausdruck „an Stelle" des § 17 KO zuviel Bedeutung zu. Viel zwangloser erklärt sich der Aus-

---

[52]) Heinsheimer, Zwei-Parteien-Prinzip S. 1.

[53]) Strohal II S. 280; Liebe im Sächs. Arch. Bd. XI S. 545; Gantenfort, S. 26.

[54]) Sydow-Busch, Anm. 6 zu § 241 ZPO.

[55]) Jäger a. a. O.

druck, wenn man sagt, der Nachlaßverwalter trete so in die Verbindlichkeit ein, wie sie vom Gemeinschuldner begründet wurde.

Mit der Frage: Ist der Nachlaßverwalter Vertreter des Erben? ist das Problem der Vertretungstheorie noch nicht erschöpft. Wird doch von mehreren Seiten der Nachlaßverwalter als Vertreter der Nachlaßgläubiger angesehen. Eine Vertretung der Gesamtgläubigerschaft ist begrifflich ausgeschlossen, da eine Organisation der Gläubigerschaft, wie beim Nachlaßkonkurs, nicht besteht. Häufig dagegen wird in der Literatur die Ansicht geäußert, daß der Nachlaßverwalter in den Fällen Vertreter der Nachlaßgläubiger ist, wo er die Interessen des Nachlasses gegenüber dem Erben selbst wahrnehmen muß[56]). Ebenso Jäger[57]) und Binder[58]), nur mit der Einschränkung, daß der Nachlaßverwalter nur dann Vertreter der Nachlaßgläubiger sei, wenn er deren Rechte ausübe. Daß solche Gläubigerrechte bestehen können, soll nicht bestritten werden. Auch hierfür gilt dasselbe, was weiter oben gesagt wurde. Es lassen sich eine Reihe von Ansprüchen nachweisen, deren Geltendmachung vom Nachlaßverwalter erfolgt. Diese Ansprüche haben aber niemals ihren Ursprung in der Person eines der Gläubiger gehabt, und die Gläubiger hätten sie daher auch nicht geltend machen können. Das widerspricht aber, wie schon dargetan, dem Wesen jeder Stellvertretung. Aber auch, wenn man sich nicht entschließen kann, den Begriff der Stellvertretung so zu formulieren, wie es hier geschehen ist, wenn man vielmehr der herrschenden Meinung beipflichten will, die eine Interessenvertretung leugnet, so kommt man doch aus folgenden Erwägungen zum gleichen Ergebnis. Der Nachlaßverwalter soll nach der in der Literatur am meisten vertretenen Theorie einmal Vertreter des Erben, einmal Vertreter der Gläubiger sein[59]). Unter welchem Gesichtspunkte wird nun der Nachlaßverwalter seine Verwaltungshandlungen vornehmen? Fühlt er sich als Vertreter des Erben, so ist klar, daß er dessen Interessen in erster Linie wahrnehmen wird. Die Leidtragenden sind dann die Gläubiger. Fühlt er sich als Vertreter der Gläubiger, so ist umgekehrt der Erbe der Leidtragende. Oder kann man vielleicht zu einem anderen Schlusse kommen? Man sieht, wie abwegig es ist, den Interessen des jeweils Vertretenen keine Bedeutung beizumessen. Oder will man wirklich annehmen, daß ein derartig bestellter Nachlaßverwalter sowohl die Interessen des Erben wie die der Gläubiger in gleicher Weise objektiv wahrnehmen kann? Das dürfte wohl in den wenigsten Fällen zutreffen. Ein solches Ergebnis kann das Gesetz nicht gewollt ha-

---

[56]) Neumann § 1985; Wilke, Anm. 1 zu § 1985.
[57]) Jäger KO § 6.
[58]) Binder II S. 107.
[59]) Jäger a. a. O.; Wilke - Neumann, Anm. 1a zu § 1985; Binder a. a O.

ben, das offenbar die kollidierenden Interessen beider Parteien in unvoreingenommener Weise geregelt wissen will. Es ist damit nachgewiesen, daß die Vertretungstheorie die Befugnisse des Nachlaßverwalters nicht im entferntesten erschöpft und der Rechtsstellung des Nachlaßverwalters, die ihm vom Gesetz zugedacht ist, in keiner Weise gerecht wird. Durch sie wird übrigens auch der einheitliche Charakter der Rechtsstellung des Nachlaßverwalters beeinträchtigt, insofern dem Nachlaßverwalter für verhältnismäßig seltene Fälle eine Sonderstellung — einmal Vertreter des Erben, einmal der Nachlaßgläubiger — zugewiesen werden muß, ohne daß praktische Gründe, wie vorstehend nachgewiesen, dafür sprechen. Damit darf die Frage, ob der Nachlaßverwalter Vertreter der Nachlaßgläubiger ist, wohl als erledigt angesehen werden, ganz abgesehen davon, daß der Nachlaß für die Nachlaßgläubiger durchaus fremdes Vermögen darstellt, über das sie unter keinen Umständen verfügen können. Wie sollte da wohl der Nachlaßverwalter von ihnen die Berechtigung zur Vornahme von Nachlaßgeschäften haben, wo sie doch selbst bezüglich der Führung der Nachlaßgeschäfte ganz rechtlos sind?

Schließlich ist noch eine Stellungnahme erforderlich zu der Theorie, die in dem Nachlaßverwalter einen Vertreter des Nachlasses selbst sieht[60]). Sie wurde begründet von Hellwig und hat einige Nacheiferer gefunden. Die herrschende Meinung und der überwiegende Teil der Literatur stehen ihr ablehnend gegenüber. Im Prinzip kommt sie auf das gleiche Ergebnis hinaus, das die sogenannte Amtstheorie hat. Jedoch muß sie aus grundsätzlichen Erwägungen heraus abgelehnt werden. Es widerstreitet nämlich dem allgemeinen Rechtsempfinden, eine tote Erbmasse soweit zu verselbständigen und für vertretbar zu halten, gilt doch für gewöhnlich nur eine Person als vertretbar. Dabei ist ein Unterschied zwischen physischen und juristischen Personen nicht zu machen. Den Nachlaß als juristische Person hinzustellen, geht nicht an, da eine solche kein Subjekt, wie hier den Erben, über sich verträgt, da sie ja selbst Rechtsträger ist. Zwar tritt, nach außen hin, der Erbe als Subjekt des Nachlasses nicht so sehr in die Erscheinung, da der Nachlaß eben durch die starke Sonderung vom übrigen Vermögen sozusagen als ein selbständiges Sondergut angesehen wird. Dieser Umstand darf aber keineswegs den eigentlichen Träger dieses Sondervermögens, nämlich den Erben, vergessen machen. Auch alle sonstigen Hinweise und Gründe, die Hellwig für seine Theorie ins Feld führt, können diese Tatsache nicht aus der Welt schaffen, und damit muß diese Theorie abgelehnt werden.

---

[60]) Hellwig, Anspruch S. 248; Rechtskraft S. 60/61; Scheye S. 61; Scheufler S. 44; Goldschmidt S. 125/142.

Somit wäre u. E. zur Genüge dargetan, daß keine der Vertretungstheorien die Rechtsstellung des Nachlaßverwalters in vollem Umfange umgreift.

Wir kommen nunmehr auf den vom Gesetz gebrauchten Ausdruck „Nachlaßpflegschaft" zurück. Es ist schon auf Seite 14/15 darauf hingewiesen worden, welch große Unterschiede zwischen den beiden Rechtsinstituten bestehen, so daß für die rechtliche Bewertung der Nachlaßverwaltung der Nachlaßpflegschaft nur eine sehr begrenzte Bedeutung zukommt. Es kann nicht genug betont werden, daß für die Bewertung der rechtlichen Natur der Nachlaßverwaltung der Zweck der Nachlaßverwaltung von ausschlaggebender Wichtigkeit ist. In diesem Punkte unterscheidet sie sich von der Pflegschaft der §§ 1960 und 1961 BGB. Hier ist der Ausgangspunkt, von wo aus man eine befriedigende Lösung erzielen kann. Der Zweck der Nachlaßverwaltung geht auf Befriedigung der Nachlaßgläubiger. In dieser Aufgabe erschöpft er sich, zu welchem Behufe der Nachlaß vom eigenen Vermögen des Erben getrennt und für die Nachlaßgläubiger sichergestellt wird. Hier setzt die Verwandschaft mit dem Nachlaßkonkurs ein. Denn die gleiche Aufgabe hat der Konkurs auch. Man hat nur bei der Nachlaßverwaltung die Bezeichnung Konkurs vermieden. Die Nachlaßverwaltung ist weit davon entfernt, eine Pflegschaft zu sein. Einer solchen bedarf es ja auch nicht, wenn die Person des Erben, wie hier, einwandfrei feststeht. Sie ist vielmehr eine Art Vollstreckung; die vorhandene Nachlaßmasse wird beschlagnahmt und unter die Gläubiger anteilmäßig verteilt. Von diesem Gesichtspunkt aus gesehen, erklärt sich das Versagen sämtlicher Vertretungstheorien mit Ausnahme der Hellwigs. Der Nachlaßverwalter ist kein Vertreter, sondern Vollstreckungsorgan. Er nimmt seine Berechtigung direkt aus dem Gesetz und handelt so in eigenem Namen. Diese Ansicht teilt auch das Reichsgericht[61]). Eine Definition könnte man dahin geben: Der Nachlaßverwalter ist ein amtlicher Vermögensverwalter, der den Nachlaß unabhängig von dem Willen des Erben oder dem der Nachlaßgläubiger gemäß einer ihm vom Gesetz auferlegten Verpflichtung so zu verwalten hat, wie es im Interesse der Beteiligten liegt, der also kraft eigenen Rechts in eigenem Namen handelt. § 359 StrGB findet allerdings keine Anwendung. Auch die Protokolle[62]) weisen auf die Bedeutung hin, die eine Liquidierung hat, welche unter Mitwirkung einer amtlich bestellten Person erfolgt. In der Literatur hat die Amtstheorie An-

---

[61]) OLG. Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern 1905, S. 455; RGE Bd. 29, S. 29; Bd. 35, S. 31; Bd. 47, S. 375; Bd. 65, S. 288; Bd.76, S. 126; Bd. 80, S. 418.

[62]) Prot. V S. 762.

klang gefunden bei Strohal[63]), Leske[64]), Liebe[65]), Crome[66]), Lippmann[67]), Simeon[68]), Fischer-Henle[69]); auch Endemann[70]), und Weißler[71]) stehen auf dem Boden der Amtstheorie, jedoch mit der Abweichung, daß sie nebenher noch eine Vertretung des Erben annehmen. Seiner Rechtsstellung nach, so erklärt Endemann[72]), sei der Nachlaßverwalter in erster Linie Vertreter des Erben. Gleichzeitig aber trage seine Stellung einen amtlichen Charakter. Darauf weise schon nachdrücklich § 1987 BGB hin.

Weißler[73]) pflichtet dem Standpunkte des Reichsgerichts bei und gibt demzufolge die Definition, der Nachlaßverwalter sei ein Organ vorbeugender Rechtspflege für Durchführung eines geordneten Befriedigungsverfahrens, welches das Interesse zweckmäßiger Durchführung des Verfahrens zur Richtschnur seines Handelns nimmt[74]). Dabei dürfe man aber nicht vergessen, daß nach dem BGB alle Pflegschaft Personenpflegschaft sei und sonach der Nachlaßverwalter gesetzlicher Vertreter des Erben[75]).

Man kann darüber streiten, ob der Amtscharakter der Rechtsstellung des Nachlaßverwalters ein daneben bestehendes privatrechtliches Verhältnis nicht ausschließt. Befremden muß es auf jeden Fall. Es besteht aber auch kein Bedürfnis für eine solche Zweiteilung, um evt. die Handlungen des Nachlaßverwalters zu Gunsten und zu Lasten des Erben wirksam werden zu lassen. Die Unhaltbarkeit der Vertretungstheorie ist oben u. E. genügend dargetan, gleichfalls auch, daß die Amtstheorie zur Klärung des Problems vollständig ausreicht. Recht zutreffend gibt dieser Ansicht Ausdruck RGE 80, S. 418: „Die Wirkungen des amtlichen Handelns sind die der unmittelbaren Stellvertretung, aber nicht diese selbst. Zwischen unmittelbarer und wirklicher Stellvertretung besteht aber immer noch ein Unterschied." Damit ist die rechtliche Natur der Nachlaßverwaltung wohl genügend charakterisiert. Kommt es daher zu einem Prozeß, in dem der Nachlaßverwalter auftreten muß, so ist er Partei kraft seines Amtes. Er führt den Prozeß im eigenen Namen und durchaus selbständig.

---

[63]) Strohal II S. 762.
[64]) Leske II S. 1073.
[65]) Liebe im Sächs. Arch. Bd. XI S. 546.
[66]) Crome § 727 Note 27.
[67]) Lippmann in Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 112.
[68]) Simeon, Reecht und Rechtsgang S. 1036.
[69]) Fischer-Henle § 1985 Anm. 1.
[70]) Endemann § 99, 4.
[71]) Weißler a. a. O.
[72]) Endemann a. a. O.
[73]) Weißler a. a. O.
[74]) Weißler a. a. O. S. 301.
[75]) Protok. V, S. 811 und 815.

§ 3.

Die Wirkungen der Anordnung der beiden Rechtsbehelfe

A) Die Gütersonderung.

I. Die rechtliche:

a) Wiederaufleben der durch Rechtsvereinigung erloschenen Rechtsverhältnisse.

Die Wirkungen der Anordnung ergeben sich zwanglos aus dem Zwecke der beiden Rechtsinstitute. Es ist festgestellt worden, daß ein doppeltes Ziel erstrebt wird, nämlich die kollidierenden Interessen der beiden Parteien, Erben und Nachlaßgläubiger, sollen im Wege einer amtlichen Auseinandersetzung zu einem beiderseits befriedigenden Ausgleich gebracht werden. Zwar kommt die Anordnung einerseits zweifellos dem Erben zugute, in dem ihm so eine Möglichkeit gegeben ist, seine Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten auf den Nachlaß zu beschränken. Die Beschränkung auf den Nachlaß soll aber nur dann eintreten, wenn der Nachlaß ausschließlich zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger verwandt wird[76]). Andererseits soll aber auch den Nachlaßgläubigern Gelegenheit geboten werden, ganz gleichgültig, ob der Erbe unbeschränkt oder beschränkt haftet, den Nachlaß vor schädigenden Einwirkungen seitens des Erben zu schützen und so zu ihrer alleinigen Befriedigung sicherzustellen. Darnach kann als Hauptzweck der Eröffnung des Nachlaßkonkurses und der Anordnung der Nachlaßverwaltung die Sicherstellung des Nachlasses zu Gunsten der Nachlaßgläubiger und die Sicherung des Erbenvermögens gegen die Nachlaßgläubiger angesprochen werden. In dieser Sicherstellung des Nachlasses und des Erbenvermögens, die nicht notwendig zur Befriedigung führen muß, erschöpfen sich die Wirkungen, die demnach zur Sonderung der beiden Vermögensmassen und zur Beschlagnahme des Nachlasses in einem amtlich kontrollierten Verfahren führen.

Wie schon eingangs erwähnt, tritt gemäß dem Grundsatz der Universalsukzession mit dem Erbfall eine Verschmelzung des Nachlasses mit dem Erbenvermögen ein. Dadurch erlöschen im Falle der Konfusion bezw. Konsolidation alle nicht dinglich gesicherten Schuldverhältnisse, ebenso die dinglichen Rechte, soweit sie eine bewegliche Sache betreffen (Ausnahme §§ 1009, 1063 II, 1256 II BGB). Dingliche Rechte an Grundstücke werden aber dadurch

[76]) Protokolle: S. 759.

nicht berührt (889 BGB). Durch die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses wird diese Vereinigung wieder aufgehoben, und zwar geschieht diese Trennung mit rückwirkender Kraft (§ 1976 BGB), so daß der Rechtszustand wieder hergestellt wird, der vor dem Tode des Erblassers bestand. Es leben also eine Reihe von Rechten, vorausgesetzt, daß sie nicht sonst außer durch Vereinigung vernichtet waren, wieder auf. Dieses Wiederaufleben tritt aber nicht nur gegenüber einzelnen (im Gegensatz zu §§ 1991, 2377 BGB), sondern gegen alle ein. Es besteht also zwischen den Beteiligten nicht nur eine persönliche Verpflichtung[77]), die Rechtsverhältnisse so zu behandeln, als ob sie nicht erloschen wären, sondern der frühere Zustand kehrt mit absoluter Wirkung (ex tunc) zurück. Daraus folgt, daß Bürgen und Pfänder wieder verhaftet sind[78]). Wegen der nunmehrigen Trennung der beiden Vermögensmassen, Nachlaß und Privatvermögen, steht nichts im Wege, daß zwischen ihnen Rechtsgeschäfte geschlossen werden[79]). Einen Anhalt dafür bietet nach Leonhardt S. 96 § 1978 BGB. § 667 BGB, wonach der Erbe unter Umständen gehalten ist, eine Forderung an den Nachlaß abzutreten, was ohne einen Vertrag zwischen Erben und Nachlaßverwalter nicht möglich ist.

b) Unwirksamkeit von Aufrechnungen.

Eine weitere Wirkung der Anordnung ist im § 1977 normiert. Sie betrifft die Ungültigkeit von Aufrechnungen, die von einem Nachlaßgläubiger aus gegen den Erben ergangen sind; eine Aufrechnung des Erben bleibt auf jeden Fall gültig und kann höchstens einen Ersatzanspruch des Erben zur Folge haben. (§ 1978 BGB). Rechnet ein Nachlaßgläubiger gegen eine Privatforderung des Erben auf, so ist eine solche einseitige Aufrechnung eine zwangsweise Verwertung der Forderung, also eine Art Zwangspfändung[80]). Vollstreckungen in sein Privatvermögen braucht der Erbe nach der Sonderung der beiden Vermögensmassen gemäß § 784 ZPO nicht mehr zu dulden. In gleicher Weise wird also auch eine derart erfolgte Aufrechnung nach § 1977 I BGB ungültig. Ebenso wenn ein Privatgläubiger gegen eine Nachlaßforderung aufgerechnet hat (§ 1977 II BGB). Für die Aufrechnung werden in der Regel zwei gegenseitige, gleichartige und fällige Forderungen verlangt. Die Gegenseitigkeit ist durch Trennung der beiden Vermögensmassen fortgefallen[81]). Nach Leonhardt[82]) ist nur deswegen

[77]) So Borcherdt § 47; dagegen Plank § 1976; Böhm, Erbrecht S. 311; Leonhardt § 1976.
[78]) Plank § 1976; Binder I S. 91; Leonhardt § 1976 III.
[79]) Leonhardt § 1976 IV.
[80]) Leonhardt S. 97.
[81]) Leonhardt S. 173.
[82]) Leonhardt a. a. O., vergl. § 1976 III BGB.

eine besondere Bestimmung hier aufgenommen, damit klar wird, daß die absolute Rückwirkung, die bezüglich der Zwangsvollstreckung im § 784 ZPO vorgeschrieben ist, auch hier gelten soll. Nur bei der einseitigen zwangsweisen Aufrechnung muß die Gegenseitigkeit der Forderung unbedingt vorhanden sein. Erfolgt die Aufrechnung mit Zustimmung des Gegners, so bleibt sie gültig. Die Aufrechnung eines Nachlaßgläubigers gegen den Erben mit seiner Zustimmung bleibt also auf jeden Fall rechtswirksam (§ 1977 I BGB). Für den Fall des § 1977 II hat das Gesetz eine derartige Einschränkung nicht gemacht. Zwar sagt das Gesetz: „Das Gleiche gilt.". Aber das genügt keineswegs. Die Analogie des Absatz I und die Gleichartigkeit der Rechtslage lassen jedoch einen Schluß darauf zu, daß auch in diesem Fall eine Aufrechnung, die mit Zustimmung des Erben erfolgt, ihre Gültigkeit behalten soll[83]).

c) Ungültigkeit von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen.

Eine weitere Folgerung der Sonderung der beiden Vermögensmassen besteht darin, daß Zwangsvollstreckungen der Privatgläubiger in den Nachlaß im Falle der Nachlaßverwaltung ausgeschlossen sind (§ 1984 II BGB). Eine schon vor der Eröffnung des Verfahrens erfolgte, muß auf Antrag des Nachlaßverwalters aufgehoben werden (§ 784 II ZPO). Ebenso kann der Erbe gemäß § 784 I ZPO in Verbindung mit §§ 767 und 769, 770 ZPO Aufhebung von Vollstreckungsmaßregeln verlangen, die in sein Privatvermögen erfolgt sind, aber nur solange er nicht unbeschränkt haftet[84]). Die Privatgläubiger können aber schon im Voraus den Anspruch des Erben auf den etwaigen Ueberschuß pfänden lassen[85]). Dagegen tut die Eröffnung des Verfahrens einer Zwangsvollstreckung in den Nachlaß wegen einer Nachlaßverbindlichkeit keinen Abbruch[86]), während im Nachlaßkonkurse auf Grund einer nach dem Eintritte des Erbfalls erfolgten Maßregel der Zwangsvollstreckung abgesonderte Befriedigung nicht verlangt werden kann (221 I KO). Eigentümlich bei der ganzen Regelung ist, daß der Erbe in einem gegen ihn wegen einer Forderung, die sein Privatvermögen betrifft, angestrengten Prozesse nichts machen kann und sich eine Verurteilung gefallen lassen muß. Das Urteil darf aber nicht in den Nachlaß vollstreckt werden. (Der als Erbe des Schuldners verurteilte Beklagte kann sich aber die Beschränkung seiner Haftung im Urteil

---

[83]) Dafür Strohal § 78 S. 5; Eccius in Gruch. Beitr. Bd. 43, S. 633; Plank § 1977; Leonhardt § 1977; Dagegen Binder II S. 161.

[84]) Recht, Jahrgang 08, S. 236.

[85]) Wendt im Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 86, S. 367; Böhm in Gruch. Beitr Bd. 46, S. 472/473.

[86]) Fischer - Henle, An. 2 zu § 1984.

vorbehalten lassen (§ 780 I ZPO).) Werden trotzdem Zwangsmaßregeln gegen sein Privatvermögen getroffen, so kann er deren Aufhebung verlangen, §§ 784, 767, 769 ZPO. Die Vermögenssonderung wirkt sich also erst in der Zwangsvollstreckungsinstanz aus. Die Regelung genügt aber vollkommen, um den Erben in seinen Rechten gegenüber eifrigen Nachlaßgläubigern zu schützen.

d) Verantwortlichkeit des Erben und seine Aufwendungsersatzansprüche wegen bisheriger Verwaltung des Nachlasses.

Wir sind oben von der Sicherstellung des Nachlasses für die Nachlaßgläubiger ausgegangen. Der Erbe hat, solange nicht ein amtliches Verfahren angeordnet ist, freie Verfügungsgewalt über den Nachlaß. Das bedeutet zweifellos eine gewisse Gefahr für die Nachlaßgläubiger. Um dieser zu begegnen, legt das Gesetz für die Zeit vor der Eröffnung des Verfahrens den Erben in Ansehung des Nachlasses eine Pflicht zur Sorgfalt auf, an deren Verletzung eine bestimmte Schadenshaftung geknüpft ist. Der Erbe haftet alsdann mit seinem Privatvermögen. Daher ist auch vorausgesetzt, daß er seines Beschränkungsrechtes noch nicht verlustig gegangen ist, denn sonst würde er sowieso auch mit seinem eigenen Vermögen verantwortlich sein. (§ 2013 BGB). Man muß hier unterscheiden zwischen der Zeit vor der Annahme der Erbschaft und nach der Annahme. Eine Verpflichtung des Erben, schon vor der Annahme der Erbschaft für den Nachlaß zu sorgen, besteht nicht. Wenn er aber trotzdem in Geschäfte, die den Nachlaß betreffen, sich einläßt, dann haftet er wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag (§ 1978 I Satz 2 BGB). Für Geschäfte, die schon vor dem Erbfall geschlossen sind, haftet der Erbe, nach den allgemeinen Regeln nur dann, wenn er wissentlich das fremde Geschäft unbefugt als eigenes übernommen hat (§§ 667, 687 II BGB) und sonst nur, wenn er bereichert ist[87]).

Nach der Annahme der Erbschaft haftet der Erbe bei Verwaltung der Nachlaßmasse den Nachlaßgläubigern wie ein Beauftragter (§ 1978 I Satz 1 BGB). Damit hat er wie ein Beauftragter die Geschäfte des Nachlasses zu führen. Er haftet daher für jede Versäumnis bei der Erhaltung der Nachlaßgegenstände, bei dem Antrag auf Eröffnung des Konkurses und für rechtzeitige Geltendmachung der Schutzmittel (§§ 2014 BGB ff.). Diese Haftung liegt dem Erben den Gläubigern gegenüber ob. Er haftet weiter gemäß §§ 666, 681 BGB für jede Sorgfalt, vorzüglich bei Verfügungen. Ferner ist er jederzeit gehalten, Auskunft zu geben und Rechenschaft abzulegen (§ 666 BGB). Diese Pflicht macht die in den

[87]) Plank § 1979 Anm. 2 gegen Motive V S. 632; a. M. auch Eccius in Gruch. Beitr. Bd. 43, S. 637 und Kretschmar § 79.

§§ 260, 259 BGB bezeichneten Maßnahmen erforderlich. Er muß ein Verzeichnis der Nachlaßgegenstände aufstellen. Die Erforderlichkeit eines amtlichen Inventars wird allerdings verneint (§ 1993 BGB). Jedoch muß man darauf hinweisen, daß es sehr vorteilhaft für den Erben ist, wenn er ein solches vorschriftsmäßig anfertigt oder anfertigen läßt, da es die widerlegbare Vermutung (praesumptio iuris) der Vollständigkeit für sich hat. (§ 2009 BGB). Die Früchte der Geschäftsbesorgung hat der Erbe restlos herauszugeben (§ 667 BGB), und verbrauchtes Geld vom Zeitpunkt der Verwendung an zu verzinsen, und zwar auch dann, wenn das Vorhandensein zahlbarer Schulden ihm nicht bekannt war. Obwohl der Erbe den Gläubigern gegenüber haftet, wird der Anspruch daraus als zum Nachlaß gehörig betrachtet (§ 1978 II BGB). Seine Geltendmachung muß daher vom Nachlaßverwalter oder Konkursverwalter ausgehen. Die Prüfung, ob der Nachlaß zur Deckung der Kosten des Verfahrens ausreicht, muß sich auf ihn miterstrecken (§§ 1982, 1988, 1990 BGB; 107 und 204 KO). Der Ausgleich für Verfügungen des Erben vollzieht sich immer schuldrechtlich, d. h. der Erbe ist nicht gehalten, die veräußerten Gegenstände zum Nachlasse zurückzugewähren, sondern er braucht nur Ersatz in Höhe des Wertes derselben zu leisten. Der Grundsatz der dinglichen Surrogation hat keine unbeschränkte Geltung für den Nachlaß, so weit er als abgesonderte Vermögenseinheit abgesondert oder wiederhergestellt werden soll. Bei der Gütersonderung ist daher seine Anwendung ganz ausgeschlossen. Es tritt keine Ersatzberechtigung in dem Sinne ein, so daß jeder Erwerb des Erben mit Mitteln des Nachlasses dinglich ohne weiteres zum Nachlasse gehörte. Er kann daher auch im Konkurse des Erben nicht ausgesondert werden[88]). Von einer Ersatzhaftung des Erben kann in den Fällen keine Rede sein, wo derselbe zur Herausgabe der Bereicherung gehalten ist (§§ 1973 und 1989 BGB). In gleicher Weise wie die Erbenhaftung gestaltet sich die des Nachlaßverwalters (§ 1985 II BGB). Mehrere Erben haften nach § 421 BGB als Gesamtschuldner.

Der Haftung des Erben entspricht auf der anderen Seite ein Ersatzanspruch, wenn er nämlich bei der Geschäftsführung Aufwendungen hatte (§ 670 BGB, § 1978 BGB). Diese Ansprüche sind im Nachlaßkonkurs Masseschulden (§ 224 KO). Ein Recht auf Zurückhaltung des Nachlasses auf Grund eines solchen Ersatzanspruches hat der Erbe nicht (§ 223 KO). War er als Geschäftsführer ohne Auftrag tätig, also in der Zeit vor der Annahme der Erbschaft, so kann er nur dann Ersatz verlangen, wenn sein Eingreifen im Interesse der Nachlaßgläubiger lag und dem wirklichen und mutmaßlichen Willen derselben entsprach (§§ 683/684 BGB). Begründet der Erbe eine Schuld für den Nachlaß, so ist sein Privat-

[88]) Braunschw. Recht 1909 Nr. 2345/46.

vermögen mitverhaftet, sofern er dessen Haftung nicht ausdrücklich ausgeschlossen hat. In dem Fall aber hat er gegen den Nachlaß einen Anspruch auf Befreiung von der Schuld. (§ 257 BGB). Wie schon erwähnt, hat der Erbe ein Recht auf Zurückbehaltung des Nachlasses im Konkurse (§ 223 KO) nicht. Das Gleiche muß analog auch für die Nachlaßverwaltung gelten[89]). Die §§ 1978/1979 enthalten eine genaue Umschreibung der Pflichten des Erben. Man wird ihm ohne weiteres zugestehen müssen, eine Nachlaßverbindlichkeit zu berichtigen. Es taucht hier aber die Frage auf: Sind die Nachlaßverbindlichkeiten alle gleichwertig, so daß es keinen Unterschied macht, welche er zuerst befriedigt, oder muß er auch hier konkursmäßig verfahren und die bevorrechtigten Forderungen vor allen anderen berichtigen? Bei unrichtiger Bezahlung kann bald eine Ersatzhaftung des Erben (§ 1978 BGB), bald ein Ersatzanspruch des Erben herauskommen. Den Ersatzanspruch des Erben regeln in genügender Weise die §§ 670, 683 BGB. Die Bedeutung des § 1979 BGB bezieht sich also mehr auf die Schadenshaftung des Erben. Auf eine konkursmäßige Erledigung der Nachlaßverbindlichkeiten legt das Gesetz kein Gewicht. Vielmehr ist der Erbe immer dann befreit, wenn er den Umständen nach ohne Fahrlässigkeit annehmen durfte, daß der Nachlaß zur Befriedigung aller Gläubiger ausreichen würde. Es stehen dem Erben, wie schon an mehreren Stellen erwähnt, eine Reihe von Mitteln zu Gebote, sich über den Bestand des Nachlasses zu vergewissern. Hat er darnach Bedenken, so muß er die Zahlung unterlassen, selbst dann, wenn ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist[90]). Zahlt er trotzdem, so wird er schadensersatzpflichtig. Bei Berichtigung aus eigenem Vermögen verliert er seinen Schadensersatzanspruch aus § 1978 BGB. Allerdings tritt er im Konkurse an die Stelle des Gläubigers, den er befriedigt hat (§ 225 KO). Dieser Vorgang ist nichts anderes als die Folge des verbreiteten Rechtsgrundsatzes, daß der, der eine fremde Schuld bezahlt hat, das Recht des Gläubigers gegen den eigentlichen Hauptschuldner erhält[91]). Unberührt hiervon bleiben die Vorschriften über Anfechtung von Seiten der Gläubiger (§ 30 KO und § 3 Anf.Ges.). Hat der Erbe ein Pflichtteilsrecht oder ein Vermächtnis zu erfüllen oder eine Auflage zu bewirken, so gilt diese Handlung bei der Anfechtung wie eine unentgeltliche Verfügung (§ 222 KO). Die Anfechtung derselben ist daher unter allen Umständen möglich, auch dann also, wenn der Erbe nach § 1979 BGB nicht haftet.

---

[89]) Strohal § 78 a 16; Plank V § 1978; Jäger, Erbenhaftung S. 85; Liebe a. a. O. S. 550; Herzfelder II zu § 1984; Recht 07, S. 247; a. M. Kipp § 78; Binder II S. 147 ff.

[90]) Hachenburg S. 679 und Plank § 1984.

[91]) §§ 268, 426, 774, 1164, 1225 BGB.

II. Die tatsächliche Sonderung.

Sobald das Nachlaßgericht die Anordnung des Verfahrens ausgesprochen hat, hat der Erbe den Nachlaß an den Verwalter herauszugeben, kann der Verwalter denselben in Besitz nehmen. Der Beschluß, der die Anordnung der Nachlaßverwaltung verfügt, ist wie der Konkurseröffnungsbeschluß, vollstreckbar[92]). Wenn, wie es hier geschieht, die Nachlaßverwaltung als eine Unterart des Nachlaßkonkurses behandelt wird, so kann man zu keiner anderen Entscheidung kommen. Nimmt der Nachlaßverwalter den Nachlaß in Besitz, so ist damit die tatsächliche Sonderung des Nachlasses vom Eigenvermögen des Erben vollzogen. Der Verwalter ist zu dieser Inbesitznahme berechtigt. Widerspricht dem aber der Erbe, so darf er sich nicht eigenmächtig in den Besitz des Nachlasses setzen; doch steht ihm der Klageweg gegenüber dem widerspenstigen Erben offen[93]) sowie gegen jeden anderen Besitzer. Der Erbe kann sich auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen Aufwendungen gemäß § 1978 BGB nicht berufen[94]) (analog § 223 KO). Ist auf diesem Wege oder durch freiwillige Ausantwortung des Nachlasses der Nachlaßverwalter in den Besitz desselben gekommen, so ist er nunmehr unmittelbarer Besitzer[95]). Die Meinung von Förtsch[96]), daß der Erbe Besitzer bleibe, und nur in Ausübung des Besitzes wie in anderen Beziehungen vom Verwalter vertreten werde, wird selbst von den Anhängern der Vertretungstheorie abgelehnt[97]), umso mehr muß sie daher nach der grundsätzlichen Einstellung vorliegender Arbeit als abwegig bezeichnet werden. Ebenso entfällt die Annahme einer Besitzdienerschaft nach dem klaren Wortlaut des § 855 BGB[98]).

B. Die Beschlagnahme des Nachlasses.

I. Zeitpunkt und Umfang der Beschlagnahme.

Der Sonderung des Nachlasses vom Eigenvermögen des Erben entspricht auf der anderen Seite eine Beschlagnahme des Nach-

---

[92]) A. M. Leonhardt S. 107; Liebe a. a. O. S. 547.

[93]) Staudinger S. 206; Leonhardt a. a. O. S. 107; Recht 09, Nr. 2127; Kretschmar, Erbrecht S. 404; Kipp § 78 VII; Eccius a. a. O. S. 634; Liebe a. a. O. S. 547.

[94]) RGE 10, S. 247; Strohal § 78; Liebe a. a. O. S. 548 ff.; Jäger a. a O. S. 85; Endemann III § 92 Nr. 29; Kipp, Erbrecht § 78 VII, 8.

[95]) Strohal a. a. O. § 79; Binder II S. 200; Leonhardt a. a. O. S. 168; Staudinger a. a. O. S. 205 im Gegensatz zur 1. Aufl.

[96]) Förtsch in Gruch. Beitr. Bd .43.

[97]) Staudinger a. a. O. S. 205; Binder a. a. O. S. 200; Jäger § 117; Dernburg III § 14.

[98]) Cosack, II § 185; Staudinger a. a. O. S. 205.

lasses zu Gunsten der Nachlaßgläubiger, die sich insofern auswirkt, als nunmehr der Erbe die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Nachlaßgegenstände verliert und diese Funktionen von nun an dem amtlich bestellten Verwalter, sei es Konkurs- oder Nachlaßverwalter, überlassen muß. Darüber herrscht schon Uneinigkeit, mit welchem Zeitpunkt die Wirksamkeit des die Anordnung oder die Eröffnung des Verfahrens aussprechenden Beschlusses beginnt, wann also der Erbe seiner bisherigen Befugnisse verlustig geht. Die einen sagen, die Wirksamkeit des fraglichen Beschlusses trete ohne weiteres von selbst ein[99]). Diese Ansicht wird gestützt durch den § 1984 BGB, der auf die §§ 7 und 8 KO Bezug nimmt. Darnach tritt die Beschlagnahme des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens mit der Eröffnung des Konkursverfahrens ein. Dagegen läßt sich schwerlich etwas Ernstliches einwenden. Die gegenteilige Meinung, die den § 16 I FG zur Anwendung kommen lassen will[100]), ist daher abzulehnen. Wegen der Wichtigkeit der an den Eröffnungsbeschluß oder die Anordnung geknüpften Wirkungen wird man gut daran tun, den Zeitpunkt der Eröffnung möglichst eng sogar bis auf die Stunde zu umgrenzen[101]). Allerdings wird eine direkte Uebertragung des § 108 KO selbst von Plank a. a. O.[102]) abgelehnt, da dieses eine positive Vorschrift sei und weil das Gesetz nur eine nach § 292 ZPO widerlegbare Vermutung aufstellt.

Die Beschlagnahme umfaßt selbstverständlich den ganzen Nachlaß mit allen Aktiven und Passiven. Davon können Ausnahmen nur gelten, insoweit in der Person des Schuldners (Erben) solche begründet sind, d. h. die Beschlagnahme kann sich nicht auf Ansprüche miterstrecken, die der Erbe persönlich gegenüber dem Erblasser hat. Sie verbietet sich aus dem gleichen Gesichtspunkte, aus dem des öfteren gewisse Pfändungsverbote wirksam werden können. Unerläßlich aber ist immer die Beziehung auf die Person des Erben. Daher kann es sich nur um Rechte handeln, die dem Erben persönlich gegenüber dem Erblasser zustanden. Darunter würde z. B. ein Unterhaltsanspruch des Erben gegen den Erblasser fallen. Gegenstände jedoch, die erst nachträglich, nachdem der Erbe den Nachlaß in Besitz genommen hatte, im Wege der üblichen Geschäftsbesorgung in die Nachlaßmasse kamen, unterliegen wie alle anderen der Beschlagnahme. Man kann unterscheiden zwischen relativen und absoluten Zugriffsbeschränkungen. Zu den absoluten gehört zweifellos der vorbenannte Unterhaltsanspruch des Erben. Bei den relativen

[99]) Plank § 1984; Weißler a. a. O. S. 244; Binder II § 25; Crome § 72 S. 821; Kretschmar a. a. O. § 81; Leonhardt II § 1981; RGRK. § 1981.

[100]) Eccius a. a. O. S. 634; Endemann § 98 a 16 S. 434; Josef in Zentralbl. 13. Jahrg. S. 346 ff.; Frommhold § 1981, 6.

[101]) Scheye S. 36.

[102]) Anm. zu § 1984 BGB.

Zugriffsbeschränkungen sind die Grenzen verwischt. Es kommt auf die Eigenart des einzelnen Falles an. Man kann nur sagen, daß einem reichen Erben gegenüber alle Pfändungsverbote in Wegfall kommen, die die wirtschaftliche Existenz desselben sichern sollen. Der Umfang der Beschlagnahme wird aber möglichst weit ausgedehnt werden müssen, um den Zweck derselben, die Befriedigung der Nachlaßgläubiger, nicht illusorisch werden zu lassen. Ja, eine krasse Durchführung der Absonderung und Beschlagnahme würde sogar dazu führen, für die Gegenstände, die der Beschlagnahme zu Gunsten des Erben entzogen sind, eine Haftung der Erben in Höhe ihres Wertes stattfinden zu lassen. Diese letzte Konsequenz hat das Gesetz aber nicht gezogen.

II. Verlust des Verwaltungs- und Verfügungsrechts des Erben.

a) Die materiellrechtliche Bedeutung des Verlustes.

Der Verlust der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Erben wirkt sich nach zwei Richtungen aus. Einmal werden sämtliche Rechtshandlungen des Erben vom Tage der Anordnung an rechtsunwirksam (§ 1984 I BGB, § 7 KO). Jedoch ist diese Unwirksamkeit eine relative. Sie tritt nämlich nur den Gläubigern gegenüber ein und auch da nur insoweit, als sie die Interessen der Gläubiger berührt. Jede Einwirkung des Erben auf den Nachlaß gilt daher als nicht erfolgt, soweit eben dadurch Interessen der Gläubiger betroffen werden. Zustimmung von Seiten der Gläubiger kann aber die Rechtshandlung gültig machen. Warum Leonhardt a. a. O. § 1984 den Begriff: „relative Unwirksamkeit" nicht gelten lassen will, ist nicht einzusehen. Daß die Rechtshandlung unter Umständen vollkommen unwirksam ist, spricht grundsätzlich nicht dagegen[103]). Weil die Rechtsunwirksamkeit nur im Verhältnis zu den Gläubigern eintritt, ist nicht ausgeschlossen, daß der Erbe nach § 2033 BGB über seinen Erbteil am Nachlaß verfügt. Durch eine solche Verfügung brauchen nämlich die Interessen der Gläubiger in keiner Weise berührt zu werden[104]). Im übrigen gilt allerdings eine jede Einwirkung des Erben, die Gläubigerinteressen berührt, als nicht erfolgt. Aber auch hiervon gibt es Ausnahmen. Bei Grundstückserwerb wird derjenige, der im guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuches erwirbt, geschützt. Das bestimmt ausdrücklich der § 7 KO, der auf die §§ 892, 893 BGB verweist. Durch solche Grundstücksveräußerungen des Erben kann unter Umständen der Nachlaß naturgemäß stark geschädigt und in seinem Bestande reduziert werden. Um dem vorzubeugen, hat die Konkursordnung im § 113 II eine Bestimmung normiert, wonach das Konkursgericht das Grundbuch-

[103]) Wendt a. a. O. S. 346.
[104]) Strohal a. a. O.; Staudinger § 1984.

amt um Eintragung des Konkurseröffnungsverfahrens in das Grundbuch zu ersuchen hat. Eine solche Vorschrift fehlt zwar für die Nachlaßverwaltung. Außer der Analogie des Konkurses spricht aber auch noch die der Testamentsvollstreckung und die der Zwangsversteigerung (§ 19 ZVG) dafür. Die Hauptstütze dieser Ansicht enthält aber der § 7 KO, weil sonst die Interessen der Nachlaßgläubiger aufs Höchste gefährdet wären und der Hauptzweck des Verfahrens, die Sicherstellung des Nachlasses für die Gläubiger zum Zwecke ihrer Befriedigung, vereitelt würde. Das Nachlaßgericht hat daher, ebenso wie beim Nachlaßkonkurse, auch bei der Nachlaßverwaltung das Grundbuchamt um Eintragung der Anordnung derselben zu ersuchen und zwar von Amtswegen[105]). Gegebenenfalls (beim Amtsantritt) kann das Gesuch auch vom Nachlaßverwalter ausgehen. In gleicher Weise hat auch später die Eintragung der Aufhebung des Verfahrens zu erfolgen.

Der Schutz des guten Glaubens findet aber keine Anwendung bei Erwerb von Fahrnis. Das läßt sich folgern aus der ausdrücklichen Aufrechterhaltung der §§ 892, 893 BGB. (argumentum e contrario)[106]). Eine Berufung auf den guten Glauben ist hier versagt. Anders dagegen, wenn der Erwerber überhaupt nicht weiß, daß die Sache zu einem Nachlasse gehörte. In diesem Falle wird der gutgläubige Erwerber nur dann nicht geschützt, wenn er es positiv wußte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht wußte[107]). Bei Weiterveräußerung der vom Erben erworbenen Sache dagegen stehen dem Dritten und jedem weiteren Erwerber die Schutzvorschriften zur Seite, die zu Gunsten derjenigen erlassen sind, die Rechte von Nichtberechtigten herleiten. Für den Fall einer unwirksamen Rechtshandlung muß dem anderen Vertragsteile die Gegenleistung aus der Nachlaßmasse zurückgewährt werden, soweit dieselbe bereichert ist (§ 7 II KO). Im umgekehrten Falle, wenn eine Leistung zur Erfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit an den Erben erfolgt ist, kann von einer Befreiung des Leistenden nur soweit die Rede sein, als das Geleistete eben in den Nachlaß gelangt ist. Ist das tatsächlich eingetroffen, so ist der Erfüllende zweifellos seiner Verpflichtung ledig.

Für diejenigen, die von der Anordnung der Nachlaßverwaltung keine Kenntnis haben, gelten besondere Schutzbestimmungen, insofern sich im Prozeß zu ihren Gunsten die Beweislast verschiebt. Ist nämlich die Leistung schon vor der öffentlichen Bekanntmachung (§ 1983 BGB) an den Erben erfolgt, so tritt Befreiung ein von der-

---

[105]) Storhal § 79 a, 17; Binder II S. 195; Bayr. Nachlaßordnung vom 20. 3. 1903; Plank V § 1984; a. M. Dernburg § 130; Weißler a. a. O. S. 393; Liebe a. a. O. S. 551; Kretschmar a. a. O. § 81 a 26.

[106]) Jäger § 7 a 26; Hellwig S. 209; A. M. Endemann § 98, III a Anm. 19.

[107]) Jäger § 7 wie zu 1.

selben, außer es wird dem Leistenden im Prozeß bewiesen, daß ihm die Anordnung der Nachlaßverwaltung doch bekannt war. Erfolgte die Leistung jedoch nach der Bekanntmachung, so ist es an dem Erfüllenden, zu beweisen, daß er über die Anordnung in Unkenntnis war. (analog § 8 KO). Sogleich mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung tritt die Wirkung ein, daß persönliche Gläubiger des Erben vom Nachlasse ferngehalten werden. Zwangsvollstreckungen und Arreste zu Gunsten eines Gläubigers, der nicht Nachlaßgläubiger ist, in den Nachlaß verbietet unzweideutig, die Vorschrift des § 1984 II BGB. Abgesehen von dieser unzweideutigen Bestimmung läßt sich diese Wirkung jederzeit zwanglos aus der separatio bonorum folgern, die bezweckt, daß der Nachlaß ausschließlich den Nachlaßgläubigern zu gute kommen soll[108]). Eine Ergänzung dieser Bestimmung findet sich im § 784 ZPO, wonach der Nachlaßverwalter verlangen kann, daß Maßregeln der Zwangsvollstreckung, die schon vor Anordnung der Nachlaßverwaltung zu Gunsten eines Erbengläubigers in den Nachlaß erfolgt sind, wieder aufgehoben werden.

Dem Zweck der Nachlaßverwaltung, daß der ganze Nachlaß ungeteilt und vollständig den Nachlaßgläubigern verbleiben soll, entspricht auch die Vorschrift, die eine Ausnahme von der Regel darstellt, daß Einzelvollstreckungen in den Nachlaß zu Gunsten von Nachlaßgläubigern ihre Wirksamkeit behalten. Allerdings birgt diese Bestimmung (§ 1984 II BGB) eine gewisse Gefahr in sich, insofern, als es so besonders eifrigen Gläubigern möglich ist, sich aus dem Nachlasse restlos zu befriedigen, während andere Gläubiger, die erst später kommen, nichts mehr vorfinden und ihrer Forderungen verlustig gehen. Das ist ein Uebelstand, dem aber für den Fall der Nachlaßverwaltung nicht abgeholfen werden kann. Insofern stellt die Nachlaßverwaltung in Ansehung des Nachlasses selbst nur einen weiteren Versuch gütlicher Einigung dar[109]), der einem widerspenstigen Gläubiger gegenüber versagt. Der praktische Wert der Nachlaßverwaltung liegt darum hauptsächlich in dem Vertrauen, das die Gläubiger einem unbefangenen, amtlich bestellten Verwalter entgegenbringen werden. Eine gütliche und befriedigende Lösung aller Verwicklungen wird so am ehesten gewährleistet. Hieraus erhellt, daß die Nachlaßverwaltung nur dann von praktischer Bedeutung ist, wenn der Nachlaß zur Befriedigung aller Gläubiger ausreicht. Im entgegengesetzten Falle ist die Eröffnung des Nachlaßkonkurses unvermeidlich. Es steht aber auch nichts im Wege, die Nachlaßverwaltung jederzeit in Nachlaßkonkurs übergehen zu lassen.

---

[108]) Wendt a. a. O. S. 367; OLGE Bd. 18 S. 411.
[109]) Hagen a. a. O. S. 53.

b) Die prozessuale Bedeutung.

Infolge der Anordnung der Nachlaßverwaltung erleidet der Erbe eine Beschneidung seiner bisherigen Rechte am Nachlaß. Das bedeutet aber noch nicht, daß er jede Einwirkungsmöglichkeit auf denselben verliert. Ihn nun als verfügungsunfähig hinzustellen, wäre ein Unding, und ebensowenig kann man ihm in Ansehung des Nachlasses die Prozeßfähigkeit absprechen. Eine gewisse Beziehung zum Nachlasse bleibt unter allen Umständen bestehen. Allein das Prozeßführungsrecht wird ihm von nun an genommen. Partei ist nunmehr in allen den Nachlaß betreffenden Sachen der Nachlaßverwalter[110]). Ein Prozeß, der nach Anordnung des Verfahrens gegen den Erben angestrengt wird, ist wegen Mangels der Passivlegitimation abzuweisen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Erbschaft schon angenommen ist oder nicht. Der Verlust der Passivlegitimation ist von Amtswegen zu berücksichtigen. Eine Klage gegen den Erben als Subjekt seines Eigenvermögens ist dagegen nicht ausgeschlossen, da seine Prozeßfähigkeit in keiner Weise verkürzt wurde. Prozesse, die mit dem Erben anhängig sind, werden unterbrochen, bis der Nachlaßverwalter von seiner Bestellung dem Prozeßgegner eine Anzeige macht, oder dieser dem Nachlaßverwalter zu wissen tut, daß er mit ihm den Prozeß weiterzuführen gedenkt (§ 241 ZPO).

III. Sonderfall (Anfechtung).

Es ist schon mehrfach darauf hingewiesen worden, daß zuweilen Maßnahmen bezüglich des Nachlasses wirksam sind, die nach Eröffnung des amtlichen Verteilungsverfahrens einen Rechtszustand hervorrufen, der in vielen Fällen mit dem gesunden Rechtsempfinden sich nicht in Einklang bringen läßt. Die Unbilligkeit der geschaffenen Rechtslage ist nicht zu verkennen. Um die Richtigkeit dieser Behauptung zu erfassen, denke man nur an die ursprüngliche freie Verfügungsbefugnis des Erben über die Nachlaßgegenstände und auf der anderen Seite wieder an die Möglichkeit für übereifrige Gläubiger, sich vorweg Befriedigung zu verschaffen. Hier ist ein Ausweg geschaffen durch den § 30 I KO, wonach gewisse Rechtshandlungen der Anfechtung unterliegen. Diese Anfechtung richtet sich nach den allgemeinen gewöhnlichen Regeln. Ueberschuldung ist nicht vorgesehen. Es genügt der Nachweis der Zahlungseinstellung. Dieser ist die Kenntnis der Ueberschuldung gleichzuachten. Wird nun auf diesem Wege etwas zur Nachlaßmasse zurückgewährt, so kommt das allen Gläubigern zu gute. Nur Pflichtteilsberechtigte und Vermächtnisnehmer sind ausgeschlossen. (§ 228 I KO). Eine besondere Vorschrift besteht für die Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen, Vermächtnissen und Auflagen. Diese An-

[110]) Zustimmend Leonhardt a. a. O.; a. M. Binder II, S. 108: Staudinger § 1984.

sprüche rangieren erst hinter allen anderen Nachlaßgläubigern. Ihre Erfüllung ist anzufechten wie eine unentgeltliche Verfügung ohne weiteren Nachweis, wenn sie nur im letzten Jahre vor der Konkurseröffnung erfolgt ist (§§ 222, 232 KO, vergl. S. 27).

IV. Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Verwalters.

Mit dem Verlust des Verwaltungs- und Verfügungsrechts des Erben geht diese ganze Machtbefugnis einschließlich aller Rechte und Pflichten auf den Nachlaßverwalter über. Er nimmt den Nachlaß in Besitz, gegen einen widerspenstigen Erben evt. vermittels Klage. Er hat alle Geschäfte des Nachlasses zu besorgen, die bereits begonnenen weiter abzuwickeln und neue abzuschließen innerhalb des durch den Zweck des Verfahrens gegebenen Rahmens. Er hat notwendige Aufwendungen zu machen, schadhafte Gegenstände muß er ausbessern lassen usw. Wenn gegen den Erben eine persönliche Forderung desselben durch einen Gläubiger des Erblassers aufgerechnet wird, so hat er seine Zustimmung zu geben. Geht er für den Nachlaß eine Verbindlichkeit ein, so kann er nach § 257 BGB Befreiung von derselben verlangen. Der Nachlaßverwalter ist nach § 1975 Pfleger, die allgemeinen Vorschriften über Bestellung und Beaufsichtigung eines Vormundes finden daher entsprechende Anwendung (§ 1915 BGB). Seine Verpflichtung geschieht mittels Handschlags und er untersteht dem Nachlaßgericht, das ihn mit Ordnungsstrafen belegen (§§ 1837, 1840 BGB), ihn entlassen kann (§ 1886 BGB). Seine Stellung ist nicht so frei wie die des Erben. Zu gewissen Geschäften bedarf er der Genehmigung des Nachlaßgerichts (§§ 1821—1824 BGB). Schließlich muß er dem Gericht Rechenschaft für seine Geschäftsführung ablegen. Um den Nachlaß zu erhalten, hat er dieselben Rechte wie der Erbe gegen die Zugriffe der Nachlaßgläubiger. Im Gegensatz zum Amt des Konkursverwalters ist sein Amt nicht obligatorisch — es besteht keine Pflicht zur Uebernahme —, und vom Nachlaßpfleger unterscheidet ihn, daß er eine angemessene Vergütung fordern darf (§ 1987 BGB), deren Höhe durch das Nachlaßgericht festgesetzt wird. Für den Fall des späteren Nachlaßkonkurses ist diese Vergütung Masseforderung (§ 224 KO). Die Interessen, die der Nachlaßverwalter wahrzunehmen hat, sind hauptsächlich privatrechtlicher Natur. Seiner Stellung nach ist er nicht Pfleger des Erben, sondern des Nachlasses, was aber nicht ausschließt, daß eine Reihe von Vorschriften über Vormundschaftsbestellung und Beaufsichtigung (vergl. oben) auf ihn Anwendung finden. Auf die Beschränkung der Haftung verzichten wie der Erbe kann er daher nicht (2012 BGB). Gleichfalls kann ihm nicht wie dem Erben eine Inventarfrist bestimmt werden. Wird der Verwalter bezüglich des Nachlasses verurteilt, so ist dieses Urteil doch nicht vollstreckbar betreffs des freien Erbenvermögens des Erben. Hieraus folgt, daß der Vor-

behalt der Beschränkung im Urteil überflüssig ist (§ 780 II ZPO). Der Verwalter ist nicht der Erbe, ja nicht einmal sein Vertreter. Für eine Klage auf Feststellung des Erbrechts oder des Erbschaftsanspruchs ist er nicht legitimiert. Aus dem gleichen Grunde sind Prozesse zwischen dem Erben und dem Verwalter durchaus möglich. Aufwendungen, die der Nachlaßverwalter macht, sind Nachlaßschulden (§ 1985 BGB). Die §§ 1978/1979 kommen wie für den Erben auch für den Nachlaßverwalter in Betracht. Er, der Verwalter, ist in gleicher Weise unter Umständen ersatzpflichtig oder ersatzberechtigt. Beim Amtsantritt hat er das Grundbuchamt um Eintragung der Nachlaßverwaltung in das Grundbuch zu ersuchen. Der Nachlaßverwalter ist auch berechtigt, Außenstände des Nachlasses einzuziehen[111]). Das Verwaltungsrecht eines etwa vorhandenen Testamentsvollstreckers fällt mit der Bestellung eines Nachlaßverwalters fort[112]). Der Erbe hat dem Nachlaßverwalter gegenüber eine Auskunftspflicht, es sei denn, daß er rechtzeitig ein Inventar errichtet hat. Kommt der Erbe dieser Pflicht nicht nach, so haftet er in entsprechender Anwendung der §§ 2006 III, 2000 I BGB unbeschränkt.

Die entsprechende Anwendung der Vormundschaftsvorschriften zieht als Folge nach sich, daß der Nachlaßverwalter ein Verzeichnis der Nachlaßgegenstände anfertigen muß (§ 1802 BGB). Auch ein Aufgebot der Gläubiger muß er tunlichst, sofern er sich nicht der Gefahr einer Inanspruchnahme wegen Schadensersatzes aussetzen will, beantragen. (§ 1985 II BGB). Ist die Haftung des Erben aber unbeschränkt, so braucht er diese Vorsichtsmaßregel nicht auszuüben. Wie dem Erben so stehen auch ihm die aufschiebenden Einreden der §§ 2014 BGB. zu Gebote.

Bezüglich der Ausantwortung des Nachlasses an den Nachlaßverwalter kann der Erbe unter Umständen zum Offenbarungseid verpflichtet sein. Leistet der Erbe den Eid nach §§ 259, 260 BGB, § 163 FG nicht freiwillig, so muß der Nachlaßverwalter klagen. Unter Umständen wird die Haftung des Erben bei Eidesverweigerung nach analoger Anwendung des § 2006 BGB unbeschränkt. Die Nachlaßverwaltung endigt von selbst mit Eröffnung des Nachlaßkonkurses, im übrigen durch einen besonderen Aufhebungsbeschluß (§ 1919 BGB). Gegenüber dem Aufhebungsbeschluß hat jeder Interessent das Recht der sofortigen Beschwerde (§ 57 FGG). Bei Beendigung der Nachlaßverwaltung hat der Verwalter den Nachlaß dem Erben wieder insoweit auszuantworten, als eben nach Berichtigung aller Nachlaßverbindlichkeiten übrig geblieben ist. Sind mehrere Erben vorhanden, so erfolgt die Ausantwortung an alle gemeinschaftlich.

111) RGE Bd. 72, S. 262.

112) Staudinger § 1984; Eccius a. a. O. S. 620; a. M. Scheufler S. 54.

§ 4.

Unterschiede in den Haftungsbeschränkungen.

A) Die Haftung der Erben ist unbeschränkt.

Die Eröffnung des Nachlaßkonkurses ist auch bei unbeschränkter Erbenhaftung statthaft. Bei der Nachlaßverwaltung dagegen muß unterschieden werden, ob der Erbe allen Gläubigern gegenüber schon unbeschränkt haftet oder ob er nur einzelnen Gläubigern gegenüber das Recht der Haftungsbeschränkung verloren hat. Im ersteren Falle ist seine Haftung endgültig unbeschränkt. Der zweite Fall dagegen schließt nicht aus, die Haftungsbeschränkung gegenüber den Gläubigern, denen der Erbe nicht unbeschränkt haftet, auch wirklich durchzuführen. Ist eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Masse überhaupt nicht vorhanden, so kann der Erbe durch Preisgabe und Ausantwortung des Nachlasses an die Gläubiger sich von jeder weiteren Verhaftung befreien. Die unbeschränkte Haftung findet insoweit keine praktische Verwirklichung (§§ 1990 ff. BGB).

B) Die Haftung des Erben ist beschränkbar.

I. Das Verfahren ist angeordnet und dauert an.

Ist die Haftung des Erben noch beschränkbar und wird das Verfahren eingeleitet, so treten alle oben beschriebenen Wirkungen der Absonderung und Beschlagnahme der Nachlaßmasse ein. Das Privatvermögen des Erben wird vollständig von den Nachlaß-Schulden befreit. Während der Dauer des Verfahrens bleibt die Haftung des Erben beschränkt. Eine vor Anordnung des Verfahrens bestimmte Inventarfrist verliert infolge der Anordnung ihre Wirksamkeit, und solange die Nachlaßverwaltung dauert, kann keine gültige Fristbestimmung erfolgen (§§ 1975, 2000 BGB). Die Geltendmachung der beschränkten Haftung geschieht in der Regel auf dem Klagewege (§§ 784, 785 ZPO). Diesen hat der Erbe gegen Zwangsvollstreckungsmaßregeln in sein Privatvermögen zu beschreiten. Alle Ansprüche, die gegen den Nachlaß gerichtet werden, sind in Zukunft nur noch gegen den Nachlaßverwalter geltend zu machen. Von einer persönlichen Verpflichtung des Erben, die Nachlaßschulden zu berichtigen, kann hinfort keine Rede mehr sein. Eine Klage eines Nachlaßgläubigers gegen den Erben ist demnach als unbegründet abzuweisen, ausgenommen den Fall, daß

der Kläger eine unbeschränkte Haftung des Erben behauptet. Der Erbe ist eben betreffs der Nachlaßangelegenheiten nicht mehr legitimiert. Es fehlt ihm fürderhin, und solange das Verfahren dauert, ohne Unterschied für Aktiv- oder Passivprozesse die Sachlegitimation. Auch der Passivprozeß erleidet eben eine Unterbrechung analog § 2412 ZPO. Vor der Anordnung des Verfahrens hatte der Erbe zweifellos für alle Prozesse die Sachlegitimation. Ein also ergangenes Urteil behält natürlich seine Gültigkeit, auch wenn das Verfahren angeordnet und damit die Haftung des Erben beschränkt wird. Der Nachlaßverwalter ist aber, wie dargetan, nicht Vertreter des Erben. Gemäß den Vorschriften der §§ 325 und 750 I ZPO bedarf es daher zur Verwirklichung des Urteils einer vollstreckbaren Ausfertigung gegen den Nachlaßverwalter.

Während des Nachlaßkonkurses ergibt sich sowohl in materieller wie in prozessualer Hinsicht die gleiche, vorstehend geschilderte Rechtslage.

II. Das Verfahren ist beendigt

A) Nachlaßkonkurs.

Der Nachlaßkonkurs wird in der Regel beendet durch Aufhebung (§§ 163, 190 KO) oder durch Einstellung (§§ 202, 204 KO). Daneben ist noch der Zwangsvergleich zugelassen. Eine rechtskräftige Aufhebung des Nachlaßkonkurses beseitigt dessen Wirkungen mit rückwirkender Kraft. War die Haftung des Erben schon vor Eröffnung des Verfahrens unbeschränkt, weil er das Recht auf Beschränkung gemäß §§ 2013 ff. BGB verloren hatte, so bleibt sie es auch für die Zukunft. Darüber herrscht allgemeine Uebereinstimmung. Im entgegengesetzten Falle jedoch, wenn nämlich der Erbe sein Beschränkungsrecht noch nicht verwirkt hatte, muß man unterscheiden, zwischen einer Aufhebung des Verfahrens durch Ausschüttung der Masse oder durch Zwangsvergleich und zwischen Einstellung des Verfahrens wegen Verzichts oder Unzulänglichkeit der Masse.

Bei Beendigung des Nachlaßkonkurses durch Ausschüttung der Masse findet § 1989 BGB Anwendung, der bestimmt, daß der Erbe für unberücksichtigt gebliebene Nachlaß-Schulden nur noch nach Art der §§ 1973 ff., 1974 BGB einzustehen habe. Auch der Konkurs enthält ein Gläubigeraufgebot. Geht bei der Verteilung das Nachlaßvermögen drauf, so kann der Erbe eine weitere Leistung verweigern. Einen etwaigen Ueberschuß dagegen oder unverwertbare Nachlaßgegenstände hat der Erbe nur, soweit er bereichert ist, dem Vollstreckungsgericht für die unbefriedigten Gläubiger zur Verfügung zu stellen. Er kann dies aber durch Zahlung des entsprechenden Wertes abwenden. An eine Reihenfolge ist der Erbe bei Verteilung des Ueberschusses nicht gebunden. Nur darf er nicht Pflicht-

teilsberechtigte vor ausgeschlossenen Gläubigern befriedigen. Auf den Ueberschuß haben evt. auch die Gläubiger, die zum Zuge gelangt sind, wegen der Kosten, die ihnen ihre Teilnahme am Verfahren verursacht hat, Anspruch[113]). Ebenfalls kann unter Umständen ein Gläubiger, dessen Forderungen vom Verwalter bestritten werden, ohne die konkursmäßige Feststellung betreiben zu müssen, noch nach Konkursbeendigung den beschränkt haftenden Erben auf Zahlung aus dem Ueberschuß belangen[114]). Wird der Konkurs durch Aufhebung beendigt, so kann der Erbe seine Beschränkung nicht mehr verwirken (§§ 2000, S. 3; 1994 I BGB). Jeder von den Miterben haftet nach Aufhebung für den seinem Erbteil entsprechenden Anteil einer Nachlaßverbindlichkeit (§ 2060 Ziff. 3 BGB). War der Nachlaß bei Eröffnung des Nachlaßkonkurses schon geteilt, so haften sie insgesamt (§ 2060 BGB)[115]). Die Haftung des Erben ist nunmehr endgültig beschränkt.

Zu dem gleichen Ergebnis kommt man, wenn der Nachlaßkonkurs durch einen Zwangsvergleich beendet wird. Dieser muß immer vom Erben ausgehen (§ 173 KO), bei mehreren Erben von allen insgesamt(§§ 230 KO). Dem Zwangsvergleich kann unter allen Umständen widersprochen werden (§ 136 KO)[116]). Er ist aufzuheben im Falle des § 175 KO, zu verwerfen gemäß § 186 KO und anfechtbar nach § 196 KO. Bestritten ist, ob auch ein Nachlaßpfleger oder ein Testamentsvollstrecker ein Vorschlagsrecht hat. Grundsätzlich gilt für den Zwangsvergleich das Gleiche wie oben (§ 1989 BGB) bezüglich Berichtigung der Gläubigerforderungen aus dem Nachlaß. Die Grundlage ist jedoch immer der Zwangsvergleich. Die Haftung wird daher in vielen Fällen eine persönliche sein[117]). Für welche Gläubiger ist nun der Zwangsvergleich wirksam? Nach § 193 I KO ist er für alle Gläubiger wirksam, die an dem Vergleich teilgenommen haben. § 230 II KO jedoch bestimmt, daß die in den §§ 226 Abs. 2—4 bezeichneten Gläubiger ausscheiden. Nach § 1992 BGB sind diese konkursgemäß so zu befriedigen, soweit noch ein Ueberschuß vorhanden ist. Plank[118]) will § 1974 II BGB entsprechend angewendet wissen. Auch solche Gläubiger nehmen am Zwangsvergleich nicht teil, die ihre Forderung nicht angemeldet haben. Sonst könnte eben kein Zwangsvergleich geschlossen werden. Durch ein voraufgegangenes Aufgebotsverfahren wäre dann der Erbe ja nicht gegen neu auftretende Gläubiger ge-

---

[113]) Mot. V S. 640; Prot. V. S. 771; Seuffert a. a. O. S. 397.
[114]) Kretschmar in Leipz. Zeitschr. 1913 S. 691, trotz § 1984 I.
[115]) Plank § 2060 und Leonhardt § 2060.
[116]) Jäger a. a. O. Anm. 18.
[117]) Strohal § 80 Anm. 20; Staudinger Anm. 3 zu § 1989 BGB; Cosack § 381 VI 2.
[118]) Plank V, Erbrecht S. 153, 155, 168; § 1989.

schützt[119]). Positiv begründen läßt sich diese Annahme nicht, daß nämlich § 1973 BGB entsprechend anwendbar erklärt wird, und dergestalt die Nichtanmeldung einer Forderung im Konkurse für die Teilnahme am Zwangsvergleiche der Ausschließung wegen Versäumung im Aufgebotsverfahren gleichgestellt wird. Daher ist diese Ansicht auch vielfach bestritten[120]). Gegenstand der Haftung bildet für die Gläubiger, die nicht an dem Zwangsvergleiche teilnehmen, derjenige Teil des Nachlasses, den der Erbe vom Verwalter nach Befriedigung bezw. Sicherstellung der Masseansprüche und bevorrechtigten Konkursförderungen, und überhaupt sämtlicher Ansprüche der am Zwangsvergleich Teilnehmenden, zurückerhält. Das Ergebnis ist das Gleiche wie bei Beendigung des Konkurses durch Ausschüttung der Masse. Die Gäubiger sind lediglich auf den Nachlaß verwiesen. An ihn können sie sich halten. Sobald er erschöpft ist, werden ihre Nachlaßforderungen illusorisch. Eine etwaige Befriedigung können sie von nun an nicht mehr erwarten. Die Beschränkung der Erbenhaftung ist damit ein für allemal Tatsache geworden.

Neben diesen Beendigungsarten des Konkurses kennt das Gesetz auch eine Einstellung des Konkurses wegen Konkursverzichts (§ 202 KO) und wegen Unzulänglichkeit der Masse. Dem Erben kann für diesen Fall von neuem eine Inventarfrist bestimmt werden. Damit kann der Erbe auch das Recht der Beschränkung seiner Haftung wieder verlieren (Gegenschluß aus § 2000 S. 3 BGB). Es ist einmal daran festzuhalten, daß eine Haftungsbeschränkung in der Regel nur für die Dauer des Verfahrens Platz greift, und auch nur dann, wenn der Erbe nicht vorher das Recht zur Haftungsbeschränkung verwirkt hatte. Ist das Verfahren aus irgend einem der oben erwähnten Gründe eingestellt, so ändert sich damit die Rechtslage. Nach Einstellung wegen Unzulänglichkeit der Masse zur Kostendeckung haftet der Erbe den ausgeschlossenen Gläubigern nach Maßgabe der §§ 1973, 1974 BGB, den anderen Gläubigern nach §§ 1990, 1991 BGB[121]). Im Falle eines Konkursverzichts ist die Uebereinkunft zwischen dem Gemeinschuldner und Gläubiger maßgebend. Um eine Haftungsbeschränkung herbeizuführen, bedarf es, soweit nicht die §§ 1973, 1974, 1990, 1991 BGB in Frage kommen, eines neuen Konkurses[122]). Die Unwiderruflichkeit des Verzichtes

---

[119]) Jäger a. a. O. Anm. 18; Plank, Anm. 3 zu § 1989; Strohal § 80 Anm. 22; Archiv f. bürg. Recht, Bd. 14 S. 71.

[120]) Hellmann S. 612 Anm. 2; Seuffert in Busch, Zeitschr. Bd. 72, S. 518; Binder II S. 183 ff.; Staudinger a. a. O.; Hagen in Iherings Jahrb. Bd. 42 S. 116.

[121]) Binder II S. 185 ff.

[122]) Dafür die herrsch. Meinung; Eccius a. a. O. S. 626 ff.; Strohal § 80 Nr. 23; Herzfelder § 1989; Leonhardt § 1989 I 6; Kipp a. a O. § 77; Kretschmar a. a. O. S. 191; a. M. Binder II S. 175.

bedingt keineswegs die Unzulässigkeit der Konkurserneuerung. Werden die außergerichtlichen Zusicherungen nicht eingehalten, so ist eben ein neuer Konkurs unvermeidlich. Die Haftung des Erben ist demnach für diese Fälle grundsätzlich unbeschränkt, aber beschränkbar. Daß die geordnete, in amtlicher Weise durchgeführte Befriedigung aller Nachlaßgläubiger unpraktisch sei[123]), ist eine ganz unhaltbare Ansicht, die einer weiteren Widerlegung kaum bedarf.

B) Nachlaßverwaltung.

Bei Beendigung der Nachlaßverwaltung haftet der Erbe ausgeschlossenen Gläubigern gegenüber nach Maßgabe der §§ 1973 bis 1974 BGB, gegenüber anderen Gläubigern so, wie wenn eine Nachlaßverwaltung gar nicht angeordnet gewesen wäre (Prot. V. S. 813). Damit ist seine Haftung wieder grundsätzlich unbeschränkt, aber beschränkbar (§§ 1994 und 2000 BGB), sofern der Erbe nicht die Beschränkbarkeit seiner Haftung verwirkt hat. Die Nachlaßverwaltung beschränkt also die Haftung des Erben nur für die Zeit ihres Bestehens, doch steht nichts im Wege, sie mehrmals anzuordnen. Ist wegen Mangels einer den Kosten des Verfahrens entsprechenden Masse die Anordnung der Nachlaßverwaltung nicht tunlich oder ist sie aus diesem Grunde aufgehoben worden, so ist damit natürlich eine endgültige Beschränkung der Haftung nach §§ 1990 ff. BGB eingetreten. Diese Beschränkung ist aber nicht auf die Nachlaßverwaltung zurückzuführen, ebensowenig wie die Beschränkung der Haftung auf Grund des § 1992 BGB[124]).

---

[123]) Oetker, Zeitschr. f. Hand-Recht, Bd. 66 S. 278.

[124]) So Staudinger, Anm. 3 zu § 1989; Eccius a. a. O. S. 627; Plank, Anm. 3 d zu § 1986; Strohal § 79 Nr. 33; Crome Bd. V § 728; Nr. 89 S. 647.